

Vergeltungsstrafe und Zweckstrafe
nach den Arbeiten zu dem
Entwurf eines neuen Strafgesetzbuchs 1958

von

OTTO REIGL

Vergeltungsstrafe und Zweckstrafe
nach den Arbeiten zu dem Entwurf
eines neuen Strafgesetzbuchs 1958

Inaugural - Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität
zu München



vorgelegt von
Otto Reigl

1 9 5 9

5349/60.

Referent: Prof.Dr.Dr.h.c. Karl Engisch

Correferent: Prof.Dr. Reinhart Maurach

Tag der mündlichen Prüfung: 21. Dezember 1959
(Schlußberatung)

Inhaltsübersicht

Seite:

Erster Hauptteil

Die Reformbestrebungen am Strafgesetzbuch von 1871
und der Schulenstreit.

1) Der Beginn der Reformbewegung.	1
2) Die Zweckstrafe Franz v. Liszts und ihre geistesgeschichtliche Grundlage.	2
3) Vergeltungsstrafe und Zweckstrafe als Antithesen.	5
4) Vergeltungsstrafe und Zweckstrafe als Ausdruck verschiedener Weltanschauungen.	8
5) Der Schulenstreit und die Strafrechts- reform 1958.	13

Zweiter Hauptteil

Vergeltungsstrafe und Zweckstrafe in den Entschei-
dungen der Großen Strafrechtskommission.

1) Der Gesetzgeber und das Problem der Grundlegung der Strafe.	17
2) Die Grundsatzentscheidung der Großen Strafrechtskommission: Rechtfertigung und Zweck der Strafe.	19
3) Die einzelnen Probleme im Lichte der Grundsatzentscheidung.	30
a) Die Schuldstrafe	
aa) Der gefährliche Gewohnheitsverbrecher	31
bb) Der Rückfalltäter	33
cc) Der Neigungstäter	39
dd) Der Überzeugungstäter	41

b) Die Zweispurigkeit der strafrichterlichen Reaktion.	45
c) Die Strafzumessung.	55
d) Die kurzfristige Freiheitsstrafe und ihre Bekämpfung.	64
e) Die Zuchthausstrafe und die Ehrenstrafen.	82

Dritter Hauptteil

Zusammenfassung, Kritik und Ausblick.

1) Die herkömmliche Vereinigungstheorie als Grundlage des Entwurfs.	95
2) Versuch der Überwindung des Gegensatzes Vergeltungsstrafe - Zweckstrafe.	103
3) Ausblick.	120

- - - - -

Schrifttumsverzeichnis

I. Amtliches Schrifttum:

Entwurf des Allgemeinen Teils eines Strafgesetzbuchs nach den Beschlüssen der Großen Strafrechtskommission in erster Lesung (abgeschlossen im Dezember 1956) mit Begründung, Bonn 1958

Materialien zur Strafrechtsreform

1. Band: Gutachten der Strafrechtslehrer
3. Band: Amtlicher Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches nebst Begründung 1925 (Reichstagsvorlage)
4. Band: Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches 1927 mit Begründung und 2 Anlagen (Reichstagsvorlage)
5. Band: Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches 1930 (Entwurf Kahl)
sämtlich Bonn 1954

Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, 1. mit 4. Band, Bonn 1956-1958

II. Nichtamtliches Schrifttum:

- | | |
|-----------------|---|
| Ancel, Marc | Die geistigen Grundlagen der Lehren von der "Sozialen Verteidigung" (Défense Sociale), in MSchrKrim 39 (1956), Sonderheft S. 51 ff. (mit Mindestprogramm d. Internat. Gesell. f. Soz. Verteidigung) |
| Arndt, Adolf | Das Strafmaß, SJZ 1946, S. 30 f. |
| Bader, Karl S. | Das Ermessen des Strafrichters, JZ 1955, S. 525 f. |
| Barth, Heinrich | Sühne und Versöhnung, in Reformatio (Zeitschrift f. evang. Kultur und Politik, Bern), III. Jahrgang (1954), S. 3 ff., 67 ff. |
| Bauer, Fritz | Der Zweck im Strafrecht, in: Die große Strafrechtsreform (Bundestagung d. Arbeitsgemeinschaft sozialdemokratischer Juristen), Bonn 1954. |

- Bauer, Fritz Das Verbrechen und die Gesellschaft, München-Basel 1957.
- Das Menschenbild im Strafrecht, in: Die neue Gesellschaft, 1956, S.333 ff.(Heft 3).
- Baumgarten, Arth. Die Idee der Strafe, Schriften und Vorträge der Deutschen Akademie der Wissenschaften zu Berlin, Heft 48, Berlin 1952 .
- Beling, Ernst Die Vergeltungsidee und ihre Bedeutung für das Strafrecht, Leipzig 1908 .
- Birkmeyer, Karl Schutzstrafe und Vergeltungsstrafe, in: Vergeltungsstrafe, Rechtsstrafe, Schutzstrafe, Heidelberg 1906.
- Was läßt v.Liszt vom Strafrecht übrig?, München 1907.
- Bockelmann, Paul Strafe und Erziehung, in: Festschrift für Julius v.Gierke, Berlin 1950
- Zur Reform des Strafsystems, in JZ 1951, S.494 ff.
- Wie würde sich ein konsequentes Täterstrafrecht auf ein neues Strafgesetzbuch auswirken? in: Materialien zur Strafrechtsreform, 1.Band, S.29 ff.
- Schuld und Sühne, Göttinger Universitätsreden, Heft 19, 2.Aufl., Göttingen 1958 .
- Coing, Helmut Grundzüge der Rechtsphilosophie, Berlin 1950.
- Dahm, Georg Gerechtigkeit und Zweckmäßigkeit im Strafrecht der Gegenwart, in: Probleme der Strafrechtserneuerung, Berlin 1944.
- Dombois, Hans Mensch und Strafe, Glaube und Forschung, Veröffentlichungen des Christophorus Stiftes in Hemer, Bd.14, Witten 1957.
- Dreher, Eduard Über die gerechte Strafe, Schriften der SJZ, Heft 5, Heidelberg 1947.
- Die Vereinheitlichung von Strafen und sichern Maßregeln, in ZStW 65 (1953), S.481 ff.
- Dreher-Lackner Berichte über die Arbeitstagungen der Großen Strafrechtskommission, abgedruckt in ZStW Bd.66 ff.

- Engisch, Karl Zur Idee der Täterschuld, kritische Betrachtungen zu Paul Bockelmann, Studien zum Täterstrafrecht, 2. Teil, in ZStW 61(1941), S. 166 ff.
- Vom Weltbild des Juristen, in: Abhandlungen der Heidelberger Akademie der Wissenschaften, Jahrgang 1950, Heidelberg 1950.
- Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit, in: Abhandlungen der Heidelberger Akademie der Wissenschaften, Jahrgang 1953, Heidelberg 1953.
- Bietet die Entwicklung der dogmatischen Strafrechtswissenschaft seit 1930 Veranlassung, in der Reform des Allgemeinen Teils des Strafrechts neue Wege zu gehen?, in ZStW 66 (1954), S. 339 ff.
- Exner, Franz Sinnwandel in der neuesten Entwicklung der Strafe, in: Probleme der Strafrechtserneuerung, Berlin 1944.
- Flechtheim, O.K. Hegels Strafrechtstheorie, Brünn-Prag-Leipzig-Wien, 1936.
- Frank, Reinhard Vergeltungsstrafe und Schutzstrafe, Tübingen 1908.
- Frey, Erwin Strafrecht oder soziale Verteidigung?, in SchwZSt 68 (1953), S. 405 ff.
- Ausbau des Strafsystems?, in ZStW 65 (1953), S. 3 ff.
- Georgakis, Jannis Geistesgeschichtliche Studien zur Kriminalpolitik und Dogmatik Franz v. Liszts, in: Leipziger rechtswissenschaftliche Studien, Heft 123, Leipzig 1940.
- Hegel, G.W.F. Grundlinien der Philosophie des Rechts, herausgegeben von Johannes Hoffmeister, 4. Aufl., Hamburg 1955.
- Heinitz, Ernst Strafzumessung und Persönlichkeit, in ZStW 63 (1951), S. 57 ff.
- Der Ausbau des Strafsystems, in ZStW 65 (1953), S. 26 ff.
- Empfiehlt sich die Dreiteilung der Straftaten auch für ein neues Strafgesetzbuch?, in: Materialien zur Strafrechtsreform, 1. Band, S. 55 ff.

- Heinitz, Ernst Der Entwurf des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches vom kriminalpolitischen Standpunkt aus, in ZStW 70 (1958), S.1 ff.
- Hellmer, Joachim Erziehung und Strafe, Berlin 1957
- Hippel, Robert v. Deutsches Strafrecht, 1. Band, Berlin 1925
- Jescheck, Hans-Heinrich,
Grundgedanken der deutschen Strafrechtsreform, in Radius (Vierteljahresschrift d. Evangel. Akademikerschaft in Deutschland), 1956, Heft 1, S.11 ff.
- Das Menschenbild unserer Zeit und die Strafrechtsreform, in Recht und Staat, Heft 198/199, 1957; zitiert "Menschenbild".
- Klug, Ulrich Die zentrale Bedeutung des Schutzgedankens für den Zweck der Strafe, Beiheft 35 des Archivs für Rechts- und Sozialphilosophie, 1938
- Kohlrausch-Lange, Strafgesetzbuch, 41. Aufl., Berlin 1956
- Kraepelin, Emil Das Verbrechen als soziale Krankheit, in: Vergeltungsstrafe, Rechtsstrafe, Schutzstrafe, Heidelberg, 1906
- Lange, Richard Die Systematik der Strafdrohungen, in: Materialien zur Strafrechtsreform, 1. Band S.69 ff.
- Grundfragen der Deutschen Strafrechtsreform, in SchwZSt 70 (1955), S.373 ff.
- Laun, Rudolf Recht und Sittlichkeit, 3. Aufl., Berlin 1935.
- Leferenz, Heinz Der Entwurf des Allgemeinen Teils eines Strafgesetzbuchs in kriminologischer Sicht, in ZStW 70 (1958), S.25 ff.
- Lenz, Adolf Ein Strafgesetzbuch ohne Schuld und Strafe, Graz 1922 .
- Lipps, Theodor Der Begriff der Strafe, in: Vergeltungsstrafe, Rechtsstrafe, Schutzstrafe, Heidelberg 1906 .
- Liszt, Franz v. Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, 2 Bände, Berlin 1905; zitiert "Aufsätze I und II".
- Vergeltungsstrafe und Schutzstrafe, in: Vergeltungsstrafe, Rechtsstrafe, Schutzstrafe, Heidelberg 1906

- v.Liszt-Schmidt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 1.Band, 26.Aufl., Berlin-Leipzig 1932.
- Maurach,Reinhart Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch, 2.Aufl., Karlsruhe 1958 .
- Mayer,Hellmuth Strafrecht, Allgemeiner Teil, Stuttgart-Köln 1953 .
- Mergen,Armand Soziale Zweckmäßigkeit in der modernen Kriminalpolitik, in: Festschrift für Theodor Rittler, Aalen 1957 .
- Merkel, Adolf Vergeltungsidee und Zweckgedanke im Strafrecht, in: Merkel, Hinterlassene Fragmente und Gesammelte Abhandlungen, 2.Teil, 2.Hälfte, Straßburg 1899, S.687 ff.
- Mezger, Edmund Strafrecht, Lehrbuch, 2.Aufl.,München-Leipzig 1933.
- Kriminologie, Studienbuch, München-Berlin 1951.
- Strafrecht, Allgemeiner Teil, Studienbuch, 5.Aufl., München-Berlin 1954 .
- Strafzweck und Strafzumessungsregeln, in: Materialien zur Strafrechtsreform, 1.Band, S.1 ff.
- Neumayer,Fritz Probleme der Strafrechtsreform, im Bundesanzeiger vom 23.7.1954, Nr.139, S.9 .
- Nohl,Herman Der Sinn der Strafe, in: Nohl, Pädagogik aus dreißig Jahren, Frankfurt/Main, 1949,S.161 ff.
- Nowakowski,Fr. Freiheit, Schuld, Vergeltung, in: Festschrift für Theodor Rittler, Aalen 1957 .
- Peters,Karl Gedanken zur Kriminalstrafe , in:Stimmen der Zeit, 160. Band 1956/57 .
- Preiser,Wolfgang Das Recht zu strafen, in: Festschrift für Edmund Mezger, München-Berlin 1954
- Radbruch,Gustav Rechtsphilosophie , 4.Aufl.Stuttgart 1950 .
- Einführung in die Rechtswissenschaft, 9.Aufl., Stuttgart 1952 .
- Gustav Radbruchs Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches (1922), mit einer Einleitung von Eberhard Schmidt, Tübingen 1952.

Richterbund, Deutscher

Grundfragen der Strafrechtsreform, Stellungnahme, DRiZ 1954, S.90 ff., 157 ff.

Sauer, Wilhelm

Über den Einfluß der Kriminologie auf die Strafrechtsreform, in MSchrKrim 40 (1957), S.105 ff.

Sax, Walter

Kriminalpolitik und Strafrechtsreform, JZ 1957, S.1 ff.

Dogmatische Streifzüge durch den Entwurf des Allgemeinen Teils eines Strafgesetzbuches nach den Beschlüssen der Großen Strafrechtskommission, in ZStW 69 (1957), S.412 ff.

Schmidt, Eberhard, Zur Theorie des unbestimmten Strafurteils, in SchwZSt 45 (1931), S.200 ff.

Justitia fundamentum regnorum, Schriften der SJZ, Heft 3, Heidelberg 1947.

Franz v. Liszt und die heutige Problematik des Strafrechts, in: Festschrift für Julius v. Gierke, Berlin 1950 .

Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 2. Aufl., Göttingen 1951.

Franz v. Liszt zum Gedächtnis, in ZStW 63 (1951), S.269 ff.

Strafzweck und Strafzumessungsregeln in einem künftigen Strafgesetzbuch, in: Materialien zur Strafrechtsreform, 1. Band, S.9 ff.

Vergeltung, Sühne, Spezialprävention, in ZStW 67 (1955), S.177 ff.

Die Reform des Strafrechts im Rückblick auf Berliner Impulse in der Geschichte der modernen Kriminalpolitik, in: Verhandlungen des 41. Deutschen Juristentages, Bd. II, Tübingen 1956.

Kriminalpolitische und strafrechtsdogmatische Probleme in der deutschen Strafrechtsreform, in ZStW 69 (1957), S.359 ff.

Schönke-Schröder Strafgesetzbuch, Kommentar, 8. Aufl., München-Berlin 1957.

Schröder, Horst

Die Vereinheitlichung der Strafe und der sichernden Maßnahmen, in ZStW 66 (1954), S.180 ff.

- Schultz, Hans Probleme der Strafrechtsreform in der Schweiz,
in ZStW 67 (1955), S.291 ff.
- Sieverts,Rudolf, Würde sich für ein neues Strafgesetzbuch die
Einführung der unbestimmten Verurteilung
empfehlen und in welchem Umfange? Wie wäre
sie auszugestalten?, in: Materialien zur
Strafrechtsreform, 1.Band, S.107 ff.
- Simson,Gerhard Franz v.Liszt und die schwedische Kriminal-
politik, in ZStW 63 (1951), S.274 ff.
- Spendel,Günter Zur Notwendigkeit des Objektivismus im Straf-
recht, in ZStW 65 (1953), S.519 ff.
- Zur Lehre vom Strafmaß, Frankfurter wissen-
schaftliche Beiträge, rechts- und wirtschafts-
wissenschaftliche Reihe Band 10, Frankfurt/M.
(o.J.) .
- Grundfragen jeder Strafrechtsreform, in:
Festschrift für Theodor Rittler, Aalen 1957.
- Stock, Ulrich Die Strafe als Dienst am Volke, Beiträge zur
Strafrechtswissenschaft, neue Folge 3,
Tübingen 1933 .
- Vecchio,Giorgio del
 Die Gerechtigkeit, 2.deutsche Auflage mit
Anhang "Über die Grundlage der Strafgerichts-
barkeit", Basel 1950 .
- Vrij, M.P. Zum Problem der Strafaussetzung, in ZStW 66
(1954), S.218 ff.
- Wegner,Arthur Strafrecht, Allgemeiner Teil, Göttingen 1951 .
- Welzel, Hans Naturalismus und Wertphilosophie im Straf-
recht, Mannheim-Berlin-Leipzig 1935.
- Das Deutsche Strafrecht, Lehrbuch, 6.Aufl.,
Berlin 1958 .
- Würtenberger,Thomas
 Die unbestimmte Verurteilung, in: Materialien
zur Strafrechtsreform, 1.Band, S.89 ff.
- Défense sociale - Ziele und Wege einer neuen
kriminalpolitischen Bewegung, in MSchrKrim
39 (1956), Sonderheft, S.60 ff.
- Die geistige Situation der deutschen Straf-
rechtswissenschaft, Freiburger rechts- und
staatswissenschaftliche Abhandlungen,Band 7,
Karlsruhe 1957 .

Abkürzungsverzeichnis

Berichte	= Dreher-Lackner, Berichte über die Arbeitstagen der Großen Strafrechtskommission, abgedruckt in ZStW Bd.66 ff. (auch als Beilage zum Bundesanzeiger unter "Probleme der Strafrechtsreform" veröffentlicht).
DRiZ	= Deutsche Richterzeitung .
Entwurf	= Entwurf des Allgemeinen Teils eines Strafgesetzbuchs mit Begründung, Bonn 1958 .
JZ	= Juristenzeitung .
l.Sp.	= linke Spalte .
Materialien I-V	= Materialien zur Strafrechtsreform, Band 1-5, Bonn 1954 .
MSchrKrim	= Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform .
Niederschriften I - IV	= Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, Band 1-4, Bonn 1956-1958 .
r.Sp.	= rechte Spalte .
SchwZSt	= Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht.
SJZ	= Süddeutsche Juristenzeitung .
ZStW	= Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft .

Die übrigen Abkürzungen sind allgemein üblich oder im Zusammenhang mit dem Schrifttumsverzeichnis leicht verständlich.

Erster Hauptteil

Die Reformbestrebungen am Strafgesetzbuch von 1871 und der Schulenstreit.

1) Der Beginn der Reformbewegung.

"Unzweifelhaft ist mir, daß Strafrechtswissenschaft, Strafgesetzgebung und Strafrechtspflege ihrer großen Aufgabe d e m L e b e n g e g e n ü b e r bisher in keiner Weise genügt haben. Mit der Erkenntnis dieser Tatsache ist der Weg der inneren Reform vorgezeichnet. Möge die unausbleibliche Revision unseres Strafgesetzbuches, die unerläßliche reichsrechtliche Regelung des Strafvollzuges uns nicht unvorbereitet treffen!"

Mit diesen Worten schloß Franz v. Liszt im Jahre 1882 sein berühmtes "Marburger Programm"¹⁾. Die darin vertretenen Thesen wurden zum Ausgangspunkt der sogenannten "soziologischen" oder "modernen" Strafrechtsschule. Sie wurden darüber hinaus noch mehr, sie führten der deutschen Strafrechtswissenschaft i h r e große Aufgabe vor Augen, die Harmonisierung der beiden Antithesen Gerechtigkeit und Zweckmäßigkeit. Heute, 80 Jahre nachdem die ersten Zweifel an der Gerechtigkeit und Zweckmäßigkeit des Strafgesetzbuchs von 1871 in Mittelstädts Schrift "Gegen die Freiheitsstrafen" (1879) laut wurden, gilt es, die entscheidende Bewährungsprobe zu bestehen.

Der Gesetzgeber ist auf die Strafrechtsreform gut vorbereitet, zumindest, er könnte es sein: Als Franz v. Liszt sein Marburger Programm veröffentlichte, setzte er das große Zeichen zum Kampf um die Reform des Strafgesetzbuchs von 1871. An seinen Forderungen entbrannte der so-

1) v. Liszt, Der Zweckgedanke im Strafrecht, Aufsätze I, 179

genannte Schulenstreit, die Auseinandersetzung der "klassischen" mit der "modernen" Strafrechtsschule um Vergeltungsstrafe und Zweckstrafe.

In der Tat, Franz v. Liszt hatte mit seiner Kritik am bestehenden Rechtszustand, daß die Strafrechtspflege ihre Aufgabe, "dem Leben gegenüber" gerecht zu werden, nicht erfülle, eines der Grundprobleme staatlichen Strafens überhaupt berührt, die Frage nach Gerechtigkeit und Zweckmäßigkeit der Strafe²⁾. Die Mahnung im Marburger Programm war berechtigt. Die deutsche Strafrechtswissenschaft - noch völlig in den Gedankengängen des deutschen Idealismus verfangen - hatte "in der klaren leichten Luft der rechtsphilosophischen Theorie"³⁾ nicht beachtet, daß sich in Deutschland die sozialen Verhältnisse geändert hatten und daß dieses Geschehen auch der Strafrechtswissenschaft neue Entscheidungen abverlangte. Als diese Entscheidungen nicht getroffen wurden - sei es aus pharisäerhafter Selbstüberheblichkeit, sei es aus Unterschätzung der Wirklichkeit des Lebens - wurde die Vergeltungsstrafe selbst, die Strafe des Strafgesetzbuchs von 1871, von der modernen Schule in Frage gestellt.

2) Die Zweckstrafe Franz v. Liszts und ihre geistesgeschichtliche Grundlage.

Franz v. Liszt versuchte im Marburger Programm, den Gegensatz zwischen der generalpräventiven Tatvergeltungsstrafe des Strafgesetzbuchs von 1871 und einer spezialpräventiven Zweckstrafe in einer "Vereinigungstheorie" zu überwinden¹⁾, indem er diese beiden gegensätzlichen Auffassungen vom Wesen und Sinn der Strafe als historische Schichten aufwies²⁾. So gelang es v. Liszt mit Hilfe des Entwicklungsgedankens, die Schutz- oder Zweckstrafe als folgerichtiges Ergebnis

2) vgl. besonders v. Liszt, Aufsätze I, S. 290 ff.

3) Eberhard Schmidt, ZStW 69, S. 371

1) v. Liszt, Aufsätze I, S. 133

2) vgl. v. Liszt, Aufsätze I, S. 133 ff.; Georgakis S. 24

einer geschichtlichen Entwicklung darzustellen³⁾.

Es ist hier gleichgültig, ob die Beweisführung v.Liszts dem tatsächlichen geschichtlichen Ablauf entspricht oder ob sie eine "unhistorische evolutionistische Konstruktion" ist⁴⁾, weil es nur auf das Ergebnis dieser Theorie ankommt. Und das ist die **Zweckstrafe**: "Die richtige, d.h. die gerechte Strafe ist die notwendige Strafe"⁵⁾. Die Strafe erschöpfte sich in Prävention. Das sozialetische Unwerturteil der Strafdrohung war eine Warnung an die Staatsbürger allgemein, es wirkte generalpräventiv⁶⁾; in spezialpräventiver Hinsicht hatte die Zweckstrafe die besserungsfähigen Verbrecher zu bessern und die unverbesserlichen ungeschädlich zu machen, die Gelegenheitstäter aber abzuschrecken⁷⁾.

In diesem Strafbegriff war für "metaphysische Spekulationen"⁸⁾ kein Raum mehr. Da es das Anliegen v.Liszts war, die Strafe nach empirischen Gesichtspunkten auszugestalten, gestattete seine "Vereinigungstheorie" in Wahrheit keine Vereinigung der absoluten und relativen Theorien. Zu einer Synthese beider Anschauungen konnte v.Liszt gar nicht kommen, da es ihm seine Auffassung über die Grenzen der Wissenschaft gerade verwehrte, auf die absoluten Strafrechtstheorien wissenschaftlich einzugehen⁹⁾.

Die Zweckstrafe, die Franz v.Liszt als Strafrechtstheoretiker entwickelt hatte, eröffnete ihm als Kriminalpolitiker die Möglichkeit, das Verbrechen in allen seinen Erscheinungsformen wirksam zu bekämpfen; Zweckmäßigkeit und Gerechtigkeit des Strafens erschienen nicht mehr als Antithesen: die notwendige Strafe war auch gerecht.

3) vgl. Eb.Schmidt, Einführung in die Geschichte der Strafrechtspflege, S.360 f.

4) so Welzel, Naturalismus und Wertphilosophie, S.34

5) v.Liszt, Aufsätze I, S.161

6) v.Liszt, Aufsätze II, S.488

7) v.Liszt, Aufsätze I, S.163 ff.

8) v.Liszt, Aufsätze I, S.133

9) v.Liszt, Aufsätze I, S.134 f.

Der Wandel in der Auffassung über Wesen und Zweck der Strafe hatte seinen realen Hintergrund. Das gegen Ende des 19. Jahrhunderts geltende Strafrecht schien gegenüber dem Verbrechertum machtlos. Mit der fortschreitenden Industrialisierung Deutschlands hatte die Kriminalstatistik eine beunruhigende Entwicklung genommen: Die Zahl der Verurteilten allgemein war ständig angestiegen, besonders rasch aber die Zahlen der Rückfälligen und der jugendlichen Übeltäter¹⁰⁾. Die Kriminalität war zum sozialen Problem geworden; wer anders als der sich am Horizont abzeichnende Wohlfahrtsstaat konnte und sollte helfen? Franz v. Liszt, der durchaus kein Sozialist im Sinne eines Klassenkämpfers war¹¹⁾, glaubte dem Staat mit der Zweckstrafe ein wirksames Mittel in die Hand geben zu können, dem Übelstand zu steuern. Freilich, da nach seiner Meinung jedes Verbrechen das Produkt aus Eigenart des Täters und den äußeren Verhältnissen war¹²⁾, galt es, die sozialen Verhältnisse weiter Kreise zu verändern: Eine gute Sozialpolitik war die beste Kriminalpolitik¹³⁾.

Hier wird deutlich, daß v. Liszt von einem kausal-mechanischen Weltbild ausging, in dem für Willensfreiheit kein Raum mehr war. Dementsprechend verwies v. Liszt auch die Begriffe "Schuld" und "Sühne" aus dem Reich der Wissenschaft in das der Dichter¹⁴⁾.

In diesen Anschauungen spiegelt sich das Weltbild des Positivismus wider, einer Weltanschauung, die nach dem Zusammenbruch des deutschen Idealismus aus den westeuropäischen Ländern in Deutschland Einzug hielt. Dafür geben verschiedene Gedanken v. Liszts Zeugnis. Besonders charakteristisch ist die evolutionistische Hypothese, mit der v. Liszt die Zweckstrafe im Marburger Programm begründet¹⁵⁾, und der Optimismus, mit

10) vgl. v. Liszt, Aufsätze I, S. 312 ff.

11) vgl. auch Welzel, Naturalismus und Wertphilosophie, S. 36

12) vgl. v. Liszt, Aufsätze II, S. 234, 290

13) vgl. v. Liszt, Aufsätze II, S. 246

14) vgl. v. Liszt, Aufsätze II, S. 229

15) ebenso Welzel, Naturalismus und Wertphilosophie, S. 22

dem er an die Richtigkeit und Unumstößlichkeit seiner Thesen glaubt¹⁶⁾. Das gilt auch für die scharfe Ablehnung "jeder metaphysischen Spekulation", die auf die empirische Gestaltung der Strafe Einfluß nehmen könnte¹⁷⁾. In der Tat wäre es sinnlos gewesen, die Strafe metaphysisch begründen zu wollen, wenn der Unterschied zwischen Strafe und Verwahrung Geisteskranker nur mehr im Volksbewußtsein ein Leben führte, aber nicht mehr wissenschaftlich zu rechtfertigen war¹⁸⁾.

Wohin die Verfolgung derartiger Gedanken letztlich führen mußte, zeigt der italienische Vorentwurf eines Strafgesetzbuchs von Ferri aus dem Jahre 1921, der keine Strafen, sondern nur noch ethisch indifferente "Sanktionen" kannte, also glaubte, ohne das - das Wesen der Strafe bestimmende - ethische Unwerturteil auskommen zu können¹⁹⁾.

3) Vergeltungsstrafe und Zweckstrafe als Antithesen.

Zur Zweckstrafe v.Liszts, die auf dem naturalistisch-positivistischen Weltbild der Neuzeit beruht, steht die Vergeltungsstrafe der "klassischen" oder "absoluten" Strafrechtstheorien, wie sie von Kant, Hegel, Herbart und Stahl vertreten wurden, im schroffen Gegensatz. Während v.Liszt eine metaphysische Rechtfertigung der Strafe als unwissenschaftlich ablehnt¹⁾ und die Strafe nur als Mittel sieht, um künftige Straftaten zu verhüten²⁾, hat die Strafe nach den absoluten Theorien keinen derartigen realen Zweck, sondern folgt direkt aus dem Moralgesetz,

16) vgl. v.Liszt, Aufsätze I, S.164; dazu Georgakis S.30 f. und Heinitz, ZStW 63, S.61 f.

17) v.Liszt, Aufsätze I, S.133; vgl. dazu Georgakis S.28 f.

18) so v.Liszt, Aufsätze II, S.226 ff.

19) vgl. dazu Lenz, S.14 ff.

1) v.Liszt, Aufsätze I, S.134 f.

2) v.Liszt, Aufsätze I, S.132

das Genugtuung fordert (Kants kategorischer Imperativ) oder ist eine dialektisch logische (Hegel) oder ästhetische Notwendigkeit (Herbart) oder beruht auf göttlichem Gebot (Stahl). Die Vergeltungsstrafe in diesem Sinne blickt deshalb in die Vergangenheit und knüpft an die begangene Tat an (punitur quia peccatum est), während die Zweckstrafe von der begangenen Tat als Indiz der Sozialschädlichkeit ausgeht und in die Zukunft schaut, um weitere Taten zu verhindern (punitur ne peccetur).

Der scharfe Gegensatz von Vergeltungsstrafe und Zweckstrafe ist von verschiedenen Seiten angezweifelt worden³⁾. So führt von Liszt aus, die einzig haltbare und fruchtbare Form der Vergeltungsstrafe sei die Schutzstrafe. Der Gegensatz des "quia peccatum est" und des "ne peccetur" müsse in seiner ganzen Hohlheit erkannt werden⁴⁾. Nun ist nicht zu verkennen, daß dieses "quia" und "ne" beide Richtungen nur unvollkommen, ja sogar irreführend bezeichnet; sie stellen keinen logischen Gegensatz dar⁵⁾. Doch darf man daran nicht haften bleiben. Der Gegensatz besteht. Freilich hat auch die Vergeltungsstrafe als menschliche Handlung einen Zweck, sie ist nicht zwecklos in einem abwertenden Sinne, nur hat sie nicht den realen Zweck wie die Schutzstrafe, die künftige Verbrechen durch Einwirkung auf den einzelnen (Spezialprävention) und die Allgemeinheit (Generalprävention) verhüten will⁶⁾. Daß die Zweckstrafe wesentlich von der klassischen Vergeltungsstrafe verschieden ist, zeigt am treffendsten der Ausspruch Kants: "Selbst wenn sich die bürgerliche Gesellschaft mit aller Glieder Einstimmung auflöste (z.B. das eine Insel bewohnende Volk beschlösse, auseinanderzugehen und sich in alle Welt zu zerstreuen),

3) neuerdings wieder von Eb.Schmidt, ZStW 67, S.178, 185

4) v.Liszt, Aufsätze I, S.174

5) ebenso Mezger, Lehrbuch, S.513

6) ebenso Klug, S.9

müßte der letzte im Gefängnis befindliche Mörder vorher hingerichtet werden, damit jedermann das widerfahre, was seine Taten wert sind"⁷⁾. Hier kommt die erhabene, frei-lich auch erschütternde Größe einer reinen Vergeltungs-strafe zum Ausdruck; von Spezial- oder Generalprävention ist nichts zu finden.

Auch Frank verneint den Gegensatz von Zweck- und Vergel-tungsstrafe, weil jede Strafe Vergeltungsstrafe sei und weil für jede Strafe die Frage des Zwecks auftrete⁸⁾. Dieser Ansicht schließt sich Beling an, wenn er meint, die Antithese Vergeltungsstrafe - Zweckstrafe sei schief ge-worden. Die relative Theorie habe auf der ganzen Linie in-scfern gesiegt, als alle Welt für das punire ein "ut" oder "ne" fordere. In d i e s e m Sinn gebe es heute keinen, der nicht Relativist sei⁹⁾.

Bei näherem Zusehen ergibt sich jedoch, daß damit der Ge-gensatz nur scheinbar überwunden ist. Der Vergeltungsbe-griff der beiden genannten Autoren erweist sich nämlich als ein durchaus anderer als der Kants oder Hegels. Frank¹⁰⁾ und Beling¹¹⁾ gebrauchen den Begriff "Vergeltung" im Sinne Merkels, daß Vergeltung eine Reaktion auf ein Verhalten sei, die dessen Charakter entspricht¹²⁾. Damit ist der Begriff "Vergeltung" völlig formalisiert als bloße Gegenreaktion auf eine Tat. Dies brauchte jedoch nicht be-sonders ausgedrückt zu werden, da jede Strafe als Antwort auf die Tat einen repulsiven Zugriff darstellt¹³⁾.

7) Metaphysik der Sitten, hrsg. von Vorländer, 3.Aufl., Leipzig 1919, S.161, zit. nach Klug, S.6

8) Frank, S.8

9) Beling, S.2 f.

10) a.a.O., S.6 f.

11) a.a.O., S.7

12) Merkel, S.691

13) Eb.Schmidt, Materialien I, S.13

Wenn Beling¹⁴⁾ Richard Schmidt zustimmt, daß der Vergeltungsbegriff "verweltlicht" werden müsse, um für den Staat brauchbar zu werden, so bedeutet dies nichts anderes als jene Formalisierung und Entleerung des Vergeltungsbegriffs, den Kant und Hegel gebrauchen. Merkel¹⁵⁾, Frank¹⁶⁾ und Beling¹⁷⁾ sehen sich deshalb gezwungen, sich auf einen außerhalb ihres Vergeltungsbegriffes liegenden Strafzweck zu berufen, um auf diese Weise dem Begriff "Vergeltung" wieder einen Inhalt zu geben. Diese Strafrechtstheorien sind deshalb den relativen zuzurechnen; sie haben mit der Vergeltungsstrafe Kants oder Hegels nur mehr den Namen gemeinsam¹⁸⁾.

4) Vergeltungsstrafe und Zweckstrafe als Ausdruck verschiedener Weltanschauungen.

Die Versuche, den Streit zwischen Vergeltungsstrafe und Zweckstrafe auf die soeben geschilderte Weise aus der Welt zu schaffen, mußten scheitern. Sie haben eine Überwindung des Gegensatzes Vergeltungsstrafe - Zweckstrafe ebensowenig gebracht, wie sie den Gegensatz als gegenstandslos erwiesen haben. Das ist auch verständlich. Die Frage nach dem Sinn der Strafe, die den Menschen bewegt, seitdem er über seine Existenz nachdenkt und die im Schulenstreit wieder besonders aufgeflammt war, konnte nicht durch Veränderung einer Definition gelöst werden. Wie schon die Heftigkeit des geführten Streites mit seiner Polemik vermuten läßt, stehen hinter den Begriffen Vergeltungsstrafe und Zweckstrafe verschiedene Weltanschauungen. Die Auseinandersetzung zwischen der liberal-rechtsstaatlichen und der liberal-sozialen Staatsauffassung, die

14) a.a.O., S. 31

15) a.a.O., S. 700

16) a.a.O., S. 12

17) a.a.O., S. 36

18) ebenso Klug, S. 9, 13 und Georgakis S. 23 f.; vgl. auch Nowakowski S. 66 f. u. 86 f.

mit dem Heraufkommen des industriellen Massenstaates in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts das geistige Deutschland erfaßt hatte, ging an der Strafrechtswissenschaft nicht vorüber¹⁾.

Für Kants Auffassung von der Strafe ist die überragende Stellung entscheidend, die er der freien sittlichen Persönlichkeit beimißt. Für ihn sind Gesichtspunkte der Nützlichkeit zweitrangig, weil "der Mensch niemals bloß als Mittel zu den Absichten anderer gehandhabt und unter die Gegenstände des Sachenrechts gemengt werden kann, **wow!** - der ihn seine angeborene Persönlichkeit schützt"²⁾.

Eine vielleicht noch höhere Achtung vor der Persönlichkeit des Menschen findet sich in der Strafrechtstheorie Hegels. Hegel sieht in der Strafe als sühnender Vergeltung die Ehre des Verbrechers, in der er als vernünftiger Mensch anerkannt werde und durch die er seine verlorene Stellung in der Rechtsgemeinschaft wieder zurückgewinne³⁾.

Zu dem idealistischen Persönlichkeitsbild, das Kant und Hegel gezeichnet haben, steht die v.Liszt'sche Auffassung vom Menschen im schroffen Gegensatz. Die Begriffe "Schuld" und "Sühne" werden ins Reich der Phantasie verwiesen⁴⁾ und der Mensch als ein bloßes Stück Natur, als ein psychologischer Schauplatz gesehen, auf dem die widerstreitenden Motive je nach ihrer Stärke sich durchsetzen⁵⁾; das Verbrechen ist das Produkt aus Anlage und Umwelt des Täters⁶⁾. Wenn dabei v.Liszt die Forderung nach Bestrafung des **T ä t e r s** und nicht der Tat erhebt⁷⁾, so ist dies nicht

1) vgl. dazu Eb.Schmidt, Einführung in die Geschichte der Strafrechtspflege, S.379 f.

2) Kant, a.a.O. S.158 ff., zitiert nach Hellmuth Mayer, S.30

3) Hegel § 100; vgl. dazu Maurach, S.54

4) v.Liszt, Aufsätze II, S.47, 229

5) v.Liszt, Reichsstrafrecht 1881, S.5, zit.nach Hellmuth Mayer S.31 Anm.33; dazu Welzel, Naturalismus und Wertphilosophie, S.28 f.

6) v.Liszt, Aufsätze II, S.224, 290

7) v.Liszt, Aufsätze I, S.175

darauf zurückzuführen, daß die freie Persönlichkeit Mittelpunkt allen Strafens sein soll, sondern weil die Eigenart des Täters als wesentliche Ursache der Tat erforscht werden muß; der Mensch ist nicht mehr Mittelpunkt des Strafrechts kraft des unendlichen Wertes seiner sittlichen Persönlichkeit, sondern weil er die Hauptursache des Verbrechens ist, die Resultante eines Kräfteparallelogramms von Trieben. So wird er vom Subjekt zum Objekt der Forschung.

Von der Warte dieses naturalistischen Menschenbildes ist es Aufgabe des Staates, des - wenn auch liberalistisch gefärbten - Wohlfahrtsstaates, das letztlich von der Gesellschaft selbst verursachte Verbrechen durch Änderung der sozialen Verhältnisse zu bekämpfen. Das Verbrechen ist nicht mehr bewußte Auflehnung gegen die Rechtsordnung, sondern Krankheit. Das Strafrecht, durch Selbstbeschränkung der Strafgewalt entstanden⁸⁾, findet dabei seine Grenzen nicht mehr in der Persönlichkeit des Verbrechers und seiner Tat, sondern in der Nützlichkeit. Die dem Staat damit gegebene ungeheure Macht engt v.Liszt durch den Gedanken ein, daß das Strafgesetzbuch die Magna Charta des Verbrechers ist⁹⁾. Aber damit findet die Allmacht des Staates ihre Grenzen nicht mehr in Täter und Tat, Sachverhalten, die er als gegeben hinnehmen muß und auf die er keinen Einfluß ausüben kann, sondern wiederum in einer erst zu treffenden Entscheidung des Staates, der Selbstbeschränkung seiner Macht durch den Zweckgedanken.

Auf erschreckende Weise wird deutlich, daß es allein von den Zielen und Wertungen des Staates abhängt, ob das Individuum ein Spielball seiner Macht wird oder nicht; die über alle Staatszwecke erhabene freie Persönlichkeit, wie

8) v.Liszt, Aufsätze I, S.150 f.; II, S.60

9) v.Liszt, Aufsätze II, S.60; vgl. auch Welzel, Naturalismus und Wertphilosophie, S.35

sie Kant und Hegel sahen, ist im Wohlfahrtsstaat untergegangen.

In dem geschilderten Gegensatz erkennt man den Ausdruck der idealistischen und materialistischen Geisteshaltung, der seine Parallele im politischen Leben der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts findet. Allerdings ist es nicht so, daß mit dem allmählichen Schwinden der Gegensätze in der Politik zwischen den bürgerlichen und den sozialistischen Parteien auch die Problematik, die der Schulenstreit aufgeworfen hat, sich als nichtig erwiesen hätte. Die Antithese ist vielmehr - das zeigt sich immer wieder auch in der Politik - sehr tief begründet und über jedes kriminalpolitische Tagesgeschehen erhaben.

Es ist ja auch nicht so, daß der moderne Materialismus der Vater der relativen Strafrechtstheorien ist. Der Gedanke, daß nur gestraft werden dürfe, damit in Zukunft nicht gefehlt werde, findet sich schon bei Protagoras und Seneca¹⁰⁾. Auch ist es keineswegs so, als ob diejenigen, die eine reine Zweckstrafe fordern, bar jedes ethischen Gedankens wären. Im Gegenteil! Nicht selten ist es gerade tiefes Mitgefühl, das dem leidenden Mitmenschen entgegengebracht wird, das zu einer Überbetonung des Materiellen führt. Das trifft nicht nur für die Anfangszeiten des politischen Sozialismus zu, der die Auswüchse des Kapitalismus, das Manchestertum, bekämpfte, sondern besonders auch für Franz v. Liszt, dessen starkes soziales Mitgefühl eine pharisäische Selbstzufriedenheit nicht aufkommen ließ¹¹⁾. Oder gilt es - vom sozialen Verantwortungsbewußtsein abgesehen - nicht als sittlich besonders hochstehend, wenn der zum Strafen Berechtigte auf die Strafe verzichtet und dem Übeltäter gar noch hilft?¹²⁾

Auf die verschiedenartigen Begründungen der Zweckstrafe, die hier anklingen, ist aber nicht näher einzugehen, da

10) vgl. Hellmuth Mayer, S.28 f.

11) ebenso Welzel, Naturrecht und Wertphilosophie, S.36

12) vgl. Coing, S.212; del Vecchio, S.183 Anm.9 über Tolstoi

es für das Verständnis des Ringens zwischen Vergeltungsstrafe und Zweckstrafe genügt, auf die fortwirkende Anschauung der soziologischen Schule hinzuweisen.

Für diese ist so recht der Glaube charakteristisch, die Probleme, die das Verbrechen aufwirft, mit den allein "realen" Mitteln lösen zu können, die die Empirie anbietet. Eine transzendente Welt wird - wenn überhaupt für denkbar gehalten - so scharf von der "realen" Welt des Erkennbaren abgeschichtet, daß zwischen beiden keine Verbindung besteht. Auf diese reale Welt habe sich die Wissenschaft zu beschränken, da nur in ihr die Gesetze von Raum und Zeit gälten¹³⁾; alles andere sei "metaphysische Spekulation".

Der Gegensatz zwischen beiden Richtungen kann nicht damit gekennzeichnet werden, daß es den absoluten Theorien um die Idee, den Zwecktheorien um die Wirklichkeit des Strafens gehe. Denn was ist Wirklichkeit? Es besteht kein Zweifel, daß auch die absoluten Theorien der Wirklichkeit der Strafe größte Bedeutung beimessen müssen. Gegenüber den Zwecktheorien besteht aber insofern ein erheblicher Unterschied, als jene das Problem - der Natur des Menschen entsprechend - viel weiter begreifen. Denn die Strafe wirkt in beiden Welten, in denen der Mensch nach ihrer Auffassung lebt, in der des Geistes und des Stoffes.

Diese Auffassung verführt leicht dazu, eine der Komponenten zu überschätzen, die andere zu vernachlässigen. Und das ist tatsächlich geschehen. Die Vergeltungstheorie, wie sie - auf Kant und Hegel fußend - der Ausgangspunkt des Strafgesetzbuches von 1871 war, war es nicht gelungen, zu einer Ganzheitsbetrachtung der Strafe zu kommen. Sie schenkte dem "Wirklichkeitsproblem"¹⁴⁾ keine besondere Beachtung; sie ging stillschweigend von einer "prästabilierten

13) vgl. v. Liszt, Aufsätze II, S. 229

14) vgl. Welzel, Lehrbuch, S. 201

Harmonie" von Gerechtigkeit und Zweckmäßigkeit der Strafe aus.

Die Antithese Vergeltungsstrafe - Zweckstrafe ist deshalb nicht so zu sehen, daß jene nur die Idee der Strafe berücksichtigt und diese ihre Wirklichkeit. Richtig ist nur, daß die absoluten Strafrechtstheorien von einer metaphysischen Konzeption ausgehen, um dem Menschen in einem höheren Sinne gerecht zu werden, während die soziologische Schule die Strafe als ein Mittel sieht, das Verbrechen als Krankheit am Volkskörper zu bekämpfen. Nach diesem Ziel gestaltet sie die Strafe zweckmäßig aus.

Der Streit mündet deshalb in die Frage: "Was ist der Mensch"? Aus der Beantwortung dieser Frage ergeben sich die Folgerungen, wie er zu behandeln sei, ob er als freie sittliche Persönlichkeit angerufen werden könne oder ob er, getrieben von Anlage und Umwelt, geheilt und erzogen werden müsse.

5) Der Schulenstreit und die Strafrechtsreform 1958

Der Schulenstreit scheint heute abgeklungen. Sicher ist, daß die Gegensätze, die sich in der Forderung nach einer praktischen Ausgestaltung des Strafgesetzbuches offenbarten, teilweise ausgeglichen sind. Zahlreiche Reformen des Strafgesetzbuchs von 1871, von denen als die wichtigsten die Geldstrafengesetzgebung der Jahre 1921/24, die Schaffung des Jugendgerichtsgesetzes von 1923, die Einführung der sichernden und bessernden Maßregeln im Jahre 1933 und der Strafaussetzung zur Bewährung sowie der bedingten Entlassung im Jahre 1953 zu nennen sind, haben doch eine Annäherung der Standpunkte insofern gebracht, als damit die dringendsten kriminalpolitischen Forderungen der modernen Schule erfüllt worden sind. Freilich sind die Reformen - im großen gesehen - doch nur Stückwerk geblieben;

der bloße Ablauf der Zeit aber konnte die alten Gegensätze nicht überbrücken.

Vielleicht erweist sich die vielbeklagte Tatsache, daß der Schulenstreit um die Jahrhundertwende nicht zu einem Ausgleich von Vergeltungsstrafe und Zweckstrafe geführt hat, noch als glücklicher Umstand. Denn ein solcher Ausgleich wäre nur über einen Kompromiß möglich gewesen, dessen Ergebnis wohl jene Halbheiten gewesen wären, die Birkmeyer¹⁾ so gefürchtet und bekämpft hatte. Es ist nämlich das große Ereignis der Nachkriegsjahre - es sei hier skizziert -, daß mit den furchtbaren Weltkriegen, die über Europa hinweggegangen sind, das materialistische Menschenbild, von dem Franz v. Liszt ausging, überholt zu sein scheint, daß man es zumindest nicht mehr ohne Vorbehalt als das "moderne" ansprechen kann; das idealistische Menschenbild dagegen ist in einem gewissen Sinne rehabilitiert worden.

Sogar die Wissenschaft, die es jahrzehntelang versucht hatte, "den Menschen in seiner Begrenzung, seiner Gebundenheit durch Triebe, Geisteszustand, Erbe, Körperbau und Milieu, gleichsam als Produkt aus Erbanlage und Umwelt, Charakter-Entelechie und Erziehung, Körperkonstitution und Krankheit" darzustellen, bestätigt es: "was uns nach all den jahrelangen Bemühungen aus Staub und Asche des zweiten Weltkriegs entgegentritt, ist das Bild seiner Freiheit"²⁾.

Und Pascual Jordan sieht die Situation der Naturwissenschaften von heute so, daß sie das Weltbild der Neuzeit, das Gott und damit die Freiheit des Menschen verneinte, wiederum verneinen³⁾.

1) Schutzstrafe und Vergeltungsstrafe, S. 19

2) Friedrich Stumpf, Kriminalpsychol. Probleme, Wien, Z. prakt. Psych. Bd. 1 (1949), S. 25, zit. nach Jescheck, Menschenbild, S. 17

3) vgl. weitere Literaturnachweise bei Jescheck, Menschenbild, S. 13 ff. und Lange, Schw. ZSt. 70, S. 384 ff.

Und trotzdem, die Anstrengungen der modernen Schule - dies kann schon jetzt festgestellt werden - waren nicht umsonst. Ihr Verdienst liegt vielleicht nicht so sehr in der Durchsetzung der zahlreichen Einzelreformen des Strafgesetzbuchs von 1871, die freilich große Fortschritte gebracht haben und nicht unterschätzt werden sollen, als vielmehr darin, daß sie den Vertretern der Vergeltungsstrafe wieder zum Bewußtsein gebracht hat, daß das Problem der Strafe nicht allein als abstrakt-theoretisches gesehen und behandelt werden darf. Sie hat gezeigt, daß es nicht genügt, "in der klaren leichten Luft der rechtsphilosophischen Theorie" die Strafe zu begründen und dann den Strafvollzug als mechanischen Schließerdienst zu mißachten und im übrigen die vielleicht nicht genau voraussehbaren Auswirkungen der Strafe schon nicht mehr zu sehen, weil sie Begleiterscheinungen sind, die die staatliche Strafe nicht bezweckt⁴⁾.

Derartige Vorstellungen beherrschten einst die deutsche Strafrechtswissenschaft und die Strafrechtspflege; sie sind auch heute noch nicht völlig überwunden. Eine solche Einstellung zum "Wirklichkeitsproblem" der Strafe führt zu einer Formalisierung des Vergeltungsbegriffs. Auch Vertreter einer Strafrechtstheorie, die das Zweckdenken der soziologischen Schule ablehnen, erkennen heute wieder, zu welchem Unrecht ein Gegensatz zwischen rechtsphilosophischer Begründung der Strafe und ihrer Wirkung auf den Menschen führen kann.

Vielleicht ist es deshalb eine besondere Gnade, daß die Strafrechtsreform zu einer Zeit erneut aufgenommen werden konnte, in der es die Naturwissenschaften zu ermöglichen scheinen, Idee und Wirkung der Strafe - trotz der verschiedenen Ausgangspunkte⁵⁾, ja vielleicht gerade deswegen - als Ganzes zu sehen und so dem Leben gegenüber,

4) vgl. zu den "Fernwirkungen" der Strafe Maurach, S. 60 f.

5) vgl. Eb. Schmidt, ZStW 67, S. 177

dem Menschen gerecht zu werden. In diesem Sinne ist es wohl zu verstehen, wenn Bundesminister Fritz Neumayer auf der konstituierenden Sitzung der Großen Strafrechtskommission deren Mitgliedern die Mahnung zurief: "Vergessen Sie den lebendigen Menschen nicht!"⁶⁾

6) Niederschriften I, S.26 1.Sp.

Zweiter Hauptteil

Vergeltungsstrafe und Zweckstrafe in den Entscheidungen der Großen Strafrechtskommission.

1) Der Gesetzgeber und das Problem der Grundlegung der Strafe.

Der Gesetzgeber von 1871 hat es ausdrücklich abgelehnt, zu dem Kernproblem des Strafrechts, der Frage nach Sinn und Zweck der Strafe, Stellung zu nehmen, weil ein derartiges Bekenntnis für den Gesetzgeber "erfahrungsgemäß weniger ersprießlich, ja oft sogar gefährlich" sei¹⁾. Einem derartigen Bekenntnis wäre damals auch wenig Bedeutung zugekommen, so daß die Zurückhaltung kaum getadelt werden kann. Denn gleichgültig, ob nun der damalige Strafgesetzgeber den Standpunkt der Kant-Hegel'schen Vergeltungstheorie teilte²⁾ oder aber der Ansicht war, daß es sich ohne Rücksicht auf philosophische Grundlegungen aus der Natur der Sache ergebe, daß die Strafe vergeltende Zwangsreaktion sei³⁾, die Strafe von 1871 war generalpräventive Tatvergeltung. Und an diesem Ergebnis war nicht zu rütteln; der Rechtsphilosophie war in der Kriminalpolitik der große Gegner - besser wohl ihre Ergänzung - noch nicht erwachsen, der ihr diesen Sieg hätte streitig machen können.

Die Frage nach Sinn und Zweck der Strafe ist auch dem modernen Strafgesetzgeber gestellt. Heute ist es schon fraglicher, ob der Gesetzgeber noch sagen darf, eine Entscheidung darüber sei wenig ersprießlich, ja sogar gefährlich.

Die Meinungen gehen auseinander. Der Deutsche Richterbund lehnt in einer Stellungnahme zu den Grundfragen

1) Motive, S. 3, zitiert nach Sax, JZ 1957, 2

2) so Eb. Schmidt, ZStW 67, 179; dazu Lange, Schw. ZSt 70, 374

3) so Sax, JZ 1957, 2

der Strafrechtsreform⁴⁾ eine Aufführung der Strafzwecke im neuen Strafgesetzbuch ab, weil^{sie} unter anderem die richterliche Freiheit einschränke und es auch nicht Aufgabe des Gesetzgebers sei, hier eine verbindliche Entscheidung zu treffen⁵⁾. Es darf bezweifelt werden, ob diese Ansicht richtig ist. Der moderne Gesetzgeber befindet sich nicht mehr in der glücklichen Lage, auf einer einheitlichen Anschauung über den Menschen aufbauen zu können⁶⁾. Auch gilt es bei der Reform des Strafgesetzbuches, nicht nur geltende Prinzipien neu zu formulieren, sondern neue Wege zu beschreiten. Denn es darf ja nicht vergessen werden, daß der Schulenstreit mit der Auseinandersetzung um Vergeltungsstrafe und Zweckstrafe und die sich anschließenden Reformen des Strafrechts und nicht zuletzt zwei Weltkriege jene Selbstsicherheit zerstört haben, mit der man 1871 das Problem der Strafe angehen konnte. Die Neuentdeckung des Sühnegedankens, die "Revolutionierung der Straftheorie"⁷⁾ kann die alte Sicherheit nicht mehr zurückrufen, zumal in verschiedenen westeuropäischen Ländern und Südamerika eine starke Bewegung der modernen Schule, die "défense sociale", die Begriffe "Vergeltung" und "Schuld" aufs schärfste bekämpft⁸⁾.

Unter diesen Vorzeichen konnte die Große Strafrechtskommission einer Besinnung und Entscheidung nicht ausweichen, gerade um die Unsicherheit bei den Richtern zu beseitigen⁹⁾. Auch kann der Gesetzgeber - an das idealistische Menschenbild des Grundgesetzes gebunden - in Zeiten höchster politischer Bedrohung die letzte Entscheidung über Sinn und Zweck der Strafe nicht mehr einer divergierenden

4) DRiZ 1954, S. 90 f.

5) vgl. dazu auch Resch, Niederschriften I, 36; Staff, a.a.O. S. 37

6) vgl. Krille, a.a.O., S. 40 1. Sp.

7) Englisch, ZStW 66, S. 361

8) vgl. Frey, Schw. ZSt 68, S. 405 ff.

9) ebenso Mezger, Materialien I, S. 6, Niederschriften I, 32; Jescheck, a.a.O. S. 44 1. Sp.

Wissenschaft oder Rechtsprechung überlassen¹⁰⁾. Eine "weise Beschränkung" bedeutete unter diesen Umständen ein Zurückweichen, wo Standhaftigkeit und Bekennen das Gebot der Stunde ist.

2) Die Grundsatzentscheidung der Großen Strafrechtskommission: Rechtfertigung und Zweck der Strafe.

Das erste Problem, dem sich die Große Strafrechtskommission zuwandte, war die Frage nach Sinn und Zweck der Strafe. Darin kommt bereits zum Ausdruck, daß die Kommission sich der Bedeutung dieses "Kernproblems allen Strafrechts"¹⁾ für Theorie und Praxis wohl bewußt war. Mezger ging in seinem Referat²⁾ davon aus, daß der Zweck der staatlichen Strafe die Verbrechensverhütung sei, nämlich Einwirkung auf die Gemeinschaft (Generalprävention) und auf den einzelnen (Spezialprävention). Dies sei aber keine absolute Wahrheit; die Strafe bedürfe einer tieferen Begründung, wenn man die Realitäten des Lebens nicht übersehen wolle³⁾. Hegels Deutung der Strafe als Negation der Negation des Rechts gehöre mit zu dem Tiefsten, was über das Wesen der Rechtsstrafe gesagt worden sei. Der Gedanke der Strafe als Negation der Negation des Rechts bedeute mehr als nur Prävention, er bedeute die Bewährung des Rechts und beziehe sich letzten Endes auf den metaphysischen Bestand der Rechtsordnung⁴⁾. Gerechte Vergeltung und gerechte Sühne allein könnten den Strafrechtler vom "schlechten Gewissen" befreien⁵⁾. Dagegen sei ein Absinken der Strafe in reine Zweckstrafe verderblich⁶⁾; mit der Zweckstrafe

10) vgl. besonders v. Merkatz, Niederschriften I, 38; Lange, Niederschriften IV, 383, SchwZSt 70, 381

1) Berichte, ZStW 66, S. 568

2) Niederschriften I, 29 ff.

3) a.a.O., S. 30 r. Sp.

4) a.a.O., S. 32 l. Sp.

5) a.a.O.

6) a.a.O., S. 33 l. Sp.

ende man bei einem totalitären Strafrecht⁷⁾.

Dem von Mezger gezeichneten mehrdimensionalen Strafbegriff, der unter dem Primat der Schuldvergeltung die Strafzwecke der General- und Spezialprävention umfaßt, stimmte die Mehrheit der Kommission zu⁸⁾.

Dieses Bekenntnis zu einer metaphysischen Begründung der Strafe hätte nur ohne Widerspruch bleiben können, wenn die Gegensätze um die Begründung der Strafe, wie sie im Schulenstreit zutage getreten sind, nur mehr von historischen Interesse wären. Dies ist aber nicht der Fall. Dementsprechend setzte sich Rehs nachträglich dafür ein, alles zu eliminieren, was aus den nicht zum weltlich-juristischen Bereich gehörenden Gebieten komme. Vorstellungen von Sühne und Vergeltung fänden aber im weltlich-rechtlichen Raum keine Grundlage. Man müsse sich ohne den Versuch einer Flucht klar werden, ob eine metaphysische Rechtfertigung der Strafe heute noch zu vertreten sei⁹⁾. In dieser Wendung klingt wohl der Gedankengang v.Liszts an, daß eine metaphysische Grundlegung der Strafe bloße Spekulation sei, die in der Welt des Realen keine Daseinsberechtigung habe¹⁰⁾, daß eine metaphysische Betrachtungsweise eine Flucht vor der Wirklichkeit darstelle¹¹⁾.

Auch Eberhard Schmidt, der ausdrücklich erklärte, daß er nicht eine reine Spezialprävention verfechte, forderte eine nüchternere Betrachtung der sozialen Probleme, um die es beim Strafen gehe. Gleichzeitig warnte er vor dem Gebrauch der Begriffe "Sühne" und "Vergeltung" im Strafgesetzbuch, weil sie häufig formelhaft verwendet würden¹²⁾.

7) Niederschriften I, S.43 l.Sp.

8) vgl.Lange a.a.O...S.47 l.Sp.; Berichte,ZStW 66,569

9) vgl. Berichte, ZStW 66,570

10) v.Liszt, Aufsätze I,133, II,229

11) F.Bauer, Große Strafrechtsreform,S.12 ff.,insbes.15

12) vgl. Niederschriften I,35 f., Materialien I,11/13

Aber was ist eine "nüchterne" Betrachtungsweise? Geht es beim Strafen nur um soziale Probleme oder steht der Mensch - auch als Verbrecher - in einem größeren Zusammenhang, der sich nicht in den sozialen Bindungen erschöpft, so daß man ihm als Person nicht gerecht wird, wenn man nur die eine Seite, freilich die empirisch faßbare, in Erwägung zieht? Die Frage, die schon seinerzeit die Vertreter der Vergeltungsstrafe und Zweckstrafe verschieden beantwortet haben, steht hier von neuem zur Debatte.

Die Anhänger einer mehr oder minder reinen Zweckstrafe stehen dem Vergeltungsgedanken aus verschiedenen Gründen ablehnend gegenüber. Die Ablehnung der Vergeltungsstrafe durch Rehs beruht darauf, daß dieser das Vorhandensein eines metaphysischen Prinzips überhaupt oder dessen Erkennbarkeit und Verwertbarkeit für das Strafrecht leugnet. Die Folge davon ist, daß sich das Strafrecht auf Maßnahmen beschränken muß, Störungen im Gemeinschaftsleben zu beheben. Das Ergebnis wäre etwa ein Sanktionsrecht im Sinne des Ferri'schen Entwurfs.

Schon der Ausgangspunkt Eberhard Schmidts ist anders. Eberhard Schmidt leugnet nicht die für das Strafrecht beachtliche menschliche Schuld, sondern bekennt sich ausdrücklich zur Schuldstrafe¹³⁾. Trotzdem verwirft er die Vergeltungs- und Sühnestrafe als tragendes Prinzip des zukünftigen Strafrechts¹⁴⁾ und verfolgt eine spezialpräventiv ausgerichtete Strafe, die in nüchterner Weise der sozialen Probleme Herr zu werden sucht¹⁵⁾. Diese Betonung der empirischen Seite der Strafe und die Ablehnung des Sühnegedankens hat bei Eberhard Schmidt ihren letzten Grund in der tiefen Einsicht in das Wesen der

13) vgl. Materialien I, 21, Niederschriften I, 45 l.Sp.

14) Materialien I, 11 ff.; ZStW 67, S.183 f.

15) vgl. ZStW 67, S.178, 195; ZStW 69, S.379, 395

Sühne, wie es in Anschluß an Nohl¹⁶⁾ so eindrucksvoll geschildert wird¹⁷⁾ und in der Skepsis, daß der Staat mit der Strafe beim Verbrecher echte Sühne erreichen könne¹⁸⁾.

Wie ist die Große Strafrechtskommission über diese Argumente und Ansichten hinweggekommen, als sie den Beschluß faßte, der Strafe den Vergeltungsgedanken zugrunde zu legen und allem Präventionsdenken vorgehen zu lassen? Wie konnte es zur Restauration der Vergeltungsstrafe kommen?

Baldus hielt Rehs in der Diskussion entgegen, die metaphysische Beurteilung der Strafe sei die allein nüchterne. Der Glaube, man könne durch reines Zweckdenken rationell den Problemen beikommen, stelle eine Illusion dar¹⁹⁾. In der Tat, diese Anschauung erscheint nicht so altmodisch, wenn man berücksichtigt, daß auch in den Erfahrungswissenschaften - wie bereits angedeutet - Stimmen laut werden, die vom naturalistischen Menschenbild abrücken. Es erscheint deshalb nicht abwegig, davon zu sprechen, daß der Anspruch von Baldus "die neue Position des Menschen in einer neuen Zeit charakterisiert"²⁰⁾.

Unter diesem Aspekt wird man auch die "Rückkehr zu Hegel"²¹⁾ sehen, wie sie in dem Referat Mezgers zum Ausdruck kommt, als auf Hegels Wort von der Strafe als Negation der Negation des Rechts zurückgegriffen und die reine Zweckstrafe als Gefahr für ein gerechtes Strafrecht angeprangert wurde. Ein tieferes Verständnis Hegels eröffnete wohl der Strafrechtstheorie Wege, auf denen die neu zu gewinnende Position des Menschen befestigt werden könnte. Ob nun aller-

16) a.a.O. 166, 169

17) Eb.Schmidt, Schw.ZSt 45, 221; Materialien I, 11 ff.; ZStW 67, S. 186 ff.

18) vgl. Eb.Schmidt, Materialien a.a.O.; ZStW 67, S. 188; nicht so pessimistisch in Justitia fundamentum regnorum 52, 61 u. ZStW 69, S. 384, 388 f.

19) Baldus, Niederschriften I, 44

20) Berichte, ZStW 66, 570; kritisch F. Bauer, Verbrechen und Gesellschaft, S. 250

21) Lange, SchwZSt 70, 382

dings die Bemerkung, die metaphysische Betrachtungsweise sei die allein nüchterne, hiez zu einen wesentlichen Beitrag liefern kann oder gar schon Ausdruck eines neu gewonnenen Menschenbildes ist, muß bezweifelt werden. Sie ist wohl zu sehr Schlagwort, zu sehr geistreicher Diskussionsbeitrag, um den vorhandenen Gegensätzen gerecht zu werden und sie gar überwinden zu helfen. Als bloßer Behauptung fehlt ihr doch das Gewicht, um als Schlußstein eines neu zu errichtenden klassischen Strafrechtsbaues gelten zu können.

In diesem Sinne wird man auch Eberhard Schmidt verstehen, wenn er die Restauration des alten Vergeltungsdenkens bedauert²²⁾, denn es waren ja gerade Schlagworte, in deren geistiger Unbeweglichkeit die klassische Strafrechtstheorie im vorigen Jahrhundert erstarrt war.

Aus diesem Grunde ist es auch fraglich, ob der Hinweis Mezgers auf die Hegel'sche Formel von der Strafe als Negation der Negation des Rechts wirklich genügen kann, ein tieferes Verständnis des Vergeltungsstrafrechts zu tragen. Es kann nämlich nicht übersehen werden - und dies ging auch aus dem Referat Mezgers hervor²³⁾ -, daß die Formulierung Hegels nicht so formal aufgefaßt werden darf, wie sie sich zunächst selbst gibt; sie bedarf vielmehr einer näheren Ausgestaltung, eines tieferen Verständnisses. Sie verführt in ihrer Kürze, ihrer Prägnanz und ihrer mathematischen Einfachheit dazu, in ihr die letzte Wahrheit zu sehen und sie als Endstation einer metaphysischen Betrachtungsweise anzusehen, gleichsam als ein nicht mehr näher erfaßbares Prinzip. Dies trifft aber nicht zu. Hegels Formel ist als solche nicht geeignet, eine gerechte, eine der Wirklichkeit entsprechende Strafe zu gewährleisten; aus ihr läßt sich auch nicht die Berech-

22) ZStW 69, 371 f.

23) Niederschriften I, S. 32 l. Sp.

tigung zu strafen herleiten. Vielmehr betont del Vecchio mit Recht, daß sie auf alle Strafen, auch die barbarischsten anwendbar sei²⁴⁾.

Die Rückkehr zu Hegels Negation der Negation ist deshalb nur der Anfang für eine tiefere, metaphysische Grundlegung der Strafe. Daß die Formel Hegels noch einer materiellen Ausfüllung bedarf, klingt auch bei Mezger an, wenn der Gedanke eingeführt wird, daß die Strafe das verletzte Recht bewähren müsse²⁵⁾. Die Strafe sei nur als gerechte Vergeltung und gerechte Sühne gerechtfertigt²⁶⁾. Demnach ist die Formulierung Hegels, daß die Strafe die Negation der Negation des Rechts sei, gleichsam eine Eingangspforte, eine Zwischenstation, von der eine zweite Fahrt gewagt werden muß.

Der Kommission war deshalb die Frage gestellt, wie sie Hegel auslegen solle. Damit aber ergab sich die gleiche Gefahr, Hegel ebenso gründlich mißzuverstehen wie einst seine Nachfolger es getan haben²⁷⁾ und zu versuchen, die Straftaten durch die Strafe "gewissermaßen mechanisch auszugleichen"²⁸⁾ Hier wird die Strafe in Wahrheit nicht als Negation der Negation des Rechts begriffen; vielmehr ist die Strafe das Hinzufügen eines neuen Übels zum begangenen Übel, zum Verbrechen²⁹⁾. Ausgleichen, ungeschehen machen aber kann eine derartige Maßnahme nicht; die Strafe ist hier lediglich Unterwerfung des Verbrechers durch Gewalt, ähnlich wie ein Tier durch Gewalt gebändigt werden kann.

Wie also sollte die so verstandene Strafe - von der Frage ihrer Rechtfertigung sei hier abgesehen - im Verbrecher

24) del Vecchio, S.183, Anm.7

25) Mezger, Niederschriften I, S.32 l.Sp.

26) Mezger, a.a.O.

27) vgl. Lange, Materialien I, S.73

28) del Vecchio, S.186

29) ebenso del Vecchio, S.187

den Menschen ehren, ihn als Vernünftiges anerkennen können, wenn sie nur seine Unterwerfung unter die Staatsgewalt bedeutete? Das Verbrechen ist aber mehr als eine äußere Übertretung von Strafgesetzen und es erfordert deshalb mehr zu seinem Ausgleich als die Anwendung von Gewalt: Wesentlich ist die bewußte Auflehnung gegen das Gesetz, ein Akt des Geistes. Diese Auflehnung kann nur wiederum durch einen Akt des Geistes, durch freiwilliges Aufsichnehmen der Strafe und freiwillige Rückkehr zu den Gesetzen ausgeglichen werden. Ein solches Verhalten nennt man *Sühne* ³⁰⁾. Allein hier kann man von einer Negation des Verbrechens sprechen.

Gegen den Gedanken, daß das Verbrechen irgendwie ausgeglichen werden könne, hat sich allerdings schon Protagoras in dem berühmten Ausspruch gewandt: "Revocari enim praeterita non possunt ..." ³¹⁾ Daß diese Aussage zutrifft, wird niemand bezweifeln; man kann die Tat nicht ungeschehen machen. Protagoras hat damit die Unhaltbarkeit einer Vergeltungstheorie dargetan, die einen äußeren, gleichsam mechanischen Ausgleich anstrebt: Er ist unmöglich ³²⁾. Dagegen trifft der Ausspruch von Protagoras nicht auf die Strafe als Negation der Negation des Rechts zu, wie sie die Sühneidee begreift. Denn diese will nicht das äußere Geschehen ausgleichen, sondern die innere Einstellung zu Gesetz und Recht negieren, sie will dem Verbrecher die durch die Tat verlorene sittliche Freiheit wieder zurückgeben und dies vollzieht sich in einem Akt der Freiheit. Der Übeltäter hat damit seine Tat "in der Wurzel ausgerissen" ³³⁾, seine Tat in einem höheren Sinn ungeschehen

30) allerdings wird der Begriff nicht einheitlich, oft nur als Synonym für Vergeltung, gebraucht; wie hier Nohl, S.169; Eb.Schmidt, SchwZSt 45,221; Sieverts, Materialien I, S.116; vgl. auch Zusammenstellung bei Eb.Schmidt, Materialien I, S.10 ff.

31) vgl. v.Hippel, S.461; Maurach, S.47

32) vgl. auch Kritik bei del Vecchio, S.187

33) Nohl, S.169

gemacht. Hier kann man wahrhaft von einer Negation der Negation des Rechts sprechen, wie ja der Hegel'sche Gedanke zu einer sehr tiefen Begreifung des Wesens der Sühne hätte führen und für die Ausgestaltung des Strafrechts wie für den Strafvollzug außerordentlich fruchtbar werden können³⁴⁾.

Von einer Strafe, die das hohe Ziel der Sühne und Entsühnung anstrebt, kann man mit Recht sagen, daß der Verbrecher sie brauche und daß es für ihn sinnvoll sei, nach ihr zu verlangen.

Es gibt also zwei grundsätzlich verschiedene Interpretationen von Hegels Auffassung von der Strafe.

Die eine bleibt im Formalen stecken und glaubt, durch äußere Vergeltung das Unrecht ausgleichen zu können. Auf dieser Anschauung beruht im wesentlichen die taxmäßige Tatvergeltung der klassischen Strafrechtstheorie, die auch heute noch nicht völlig überwunden scheint. Sie beruht, soweit sie sich auf Hegel beruft, auf einem grandiosen Mißverständnis³⁵⁾.

Die andere Interpretation bemüht sich um eine materielle Ausfüllung des Hegel'schen Gedankens.

Die Große Strafrechtskommission hat sich in ihrer Mehrheit den Ausführungen Mezgers, die sich zu einem Vergeltungsstrafrecht auf Hegel'scher Basis bekannten, im wesentlichen angeschlossen³⁶⁾. Welche Deutung der Hegel'schen Formel liegt nun diesem Bekenntnis zugrunde?

Die Kommission hat dazu in der Grundsatzdebatte keine eindeutige Entscheidung getroffen. Mezger selbst, der den Hegel'schen Gedanken in die Diskussion eingeführt hatte, übersetzte ihn mit "Rechtsbewährung"³⁷⁾. Daß damit nicht

34) vgl. Eb. Schmidt, Einführung in die Geschichte der Strafrechtspflege, S. 284

35) ebenso Eb. Schmidt, Justitia fundamentum regnorum, S. 55; Lange, Materialien I, S. 73

36) ebenso Lange, SchZSt 70, 382

37) Niederschriften I, 32; vgl. auch Begründung des Entwurfs, S. 4 r. Sp.

eine taxmäßige Tatvergeltung gemeint ist, geht aus den Äußerungen Mezgers hervor, daß echte Vergeltung etwas sehr Elastisches sein könne und daß ein gerechtes Verhältnis zwischen Strafe und S c h u l d bestehen müsse³⁸⁾. Danach handelt es sich nicht mehr um Tat-, sondern um Schuldvergeltung. Auch Lange und andere Mitglieder der Kommission waren der Ansicht, daß die Strafe in ihrem Wesenskern Ausgleich der Schuld sei³⁹⁾.

Das sich ergebende Bild einer einheitlichen Auffassung über diese Frage ist jedoch trügerisch: Man darf nicht verkennen, daß z.B. die Ausgangspunkte von Mezger und Lange recht verschieden sind. Mezger geht von der Rechtsbewährung als Rechtfertigung der Strafe aus. Wenn es auch zu eng sein dürfte, diesen Begriff mit Generalprävention zu übersetzen⁴⁰⁾, so kann man doch sagen, daß in dieser Auffassung vom Wesen und Zweck der Strafe das Interesse der Gemeinschaft an der Bestrafung des Verbrechens, um die Rechtsordnung aufrechtzuerhalten, also ein objektiver Gesichtspunkt maßgebend ist. Die Ansicht Mezgers berührt sich deshalb mit der Auffassung, die die staatliche Strafe als "Manifestation" von Recht und Unrecht begreift und von Heinrich Barth vertreten wird⁴¹⁾. Der Gedanke der Rechtsbewährung steht zur Idee der Sühne in einem gewissen Gegensatz, der allerdings für Mezger nicht entsteht, weil er die Begriffe "Sühne" und "Vergeltung" gleichsetzt⁴²⁾.

Anders versteht Lange den Begriff "Sühne". Er sieht in ihr jenes individualethische Prinzip, durch das der Verbrecher mit dem aktiven reinigenden Aufsichnehmen der

38) Niederschriften I, S. 31 l. Sp.; 43 l. Sp.

39) Lange, Niederschriften I, S. 47 l. Sp.; ebenso Begründung des Entwurfs, S. 4 r. Sp.

40) ebenso Mezger a. a. O., S. 32 r. Sp.

41) Reformatio, 68, 77

42) Niederschriften I, S. 31 r. Sp.

Strafe seine verlorengegangene sittliche Freiheit wieder-erlangt⁴³⁾. Zwischen beiden Ansichten besteht ein tiefgreifender Unterschied: Bei der Rechtsbewährung Mezgers dominieren täterfremde Faktoren, eben doch - trotz der Bezugnahme auf den metaphysischen Bestand der Rechtsordnung⁴⁴⁾ - die Verbrechensverhütung; die Strafe wird gleichsam von außen an den Verbrecher herangetragen. Dagegen ist es bei Lange⁴⁵⁾, ebenso bei Würtenberger⁴⁶⁾ und Sieverts⁴⁷⁾ der Täter selbst, der die Strafe kraft freien Willens auf sich nimmt, um seine sittliche Freiheit wiederzuerlangen; der Täter bedarf hier der Strafe. Die Strafe erhält damit einen ganz anderen Charakter.

Ähnlich steht der Täter im Mittelpunkt des Strafrechts bei Eberhard Schmidt. Aber nicht, weil der Verbrecher die Strafe in erster Linie auf sich nehmen soll, um die Tat zu sühnen⁴⁸⁾, sondern weil es darum geht, den "Entgleisten wieder auf den richtigen Weg zu bringen"⁴⁹⁾. Es ist dies der Resozialisierungsgedanke. Ein Strafrecht, das in erster Linie das Ziel der Resozialisierung des Täters verfolgt, kann naturgemäß ohne kriminologische Täterdifferenzierung nicht auskommen⁵⁰⁾. Der Strafvollzug hat dann nicht nur das Ziel, besserungsfähige Gefangene zu erziehen und zu bessern, sondern will ganz allgemein die Gefahren, die das Anstaltsleben mit seiner unnatürlichen Atmosphäre mit sich bringt, die Gefahr, daß der Gefangene in die Verantwortungslosigkeit und Anonymität flieht, seine Demoralisierung vermeiden.

Ähnlich ist die Forderung, die vom Standpunkt eines Sühnestrafrechts erhoben wird: Der Gefangene dürfe nicht an

43) Materialien I, 74

44) Mezger, Niederschriften I, 32 1.Sp.

45) Materialien I, 74

46) a.a.O., S. 95

47) a.a.O., S. 116

48) Materialien I, S. 11 ff., ZStW 67, 188

49) Kohlrausch, zit.nach Eb.Schmidt, Materialien I, S. 21

50) vgl.Eb.Schmidt, ZStW 67, 181 ff.

der Tat vorbei, sondern durch sie hindurch geführt werden⁵¹⁾. Der Standpunkt einer geläuterten Zweckstrafe, wie ihn Eberhard Schmidt vertritt, deckt sich deshalb in gewisser Hinsicht mit den Forderungen eines humanen Vergeltungsstrafrechts, das echte Sühne anstrebt.

Das fast einhellige Bekenntnis der Kommission zu einer metaphysischen Grundlegung der Strafe darf deshalb nicht darüber hinwegtäuschen, daß weiterhin tiefgreifende Meinungsverschiedenheiten bestehen. Schon die Grundsatzdebatte läßt erkennen, daß der Schulenstreit noch nicht tot ist, wie Erik Wolf⁵²⁾ und Sieverts⁵³⁾ behaupten, zumindest, wenn man damit nicht nur die polemische Auseinandersetzung verschiedener Richtungen meint, sondern echte sachliche Gegensätze. Nur scheint sich heute der Kampf auf einer anderen Ebene abzuspielen⁵⁴⁾.

Die "Rückkehr zu Hegel" bringt nicht die erwünschte Klarheit, wie ein Vergeltungsstrafrecht konsequent auszugestalten ist. Daß sich die Mehrheit der Kommission der verschiedenen Möglichkeiten in der Deutung Hegels nicht bewußt geworden ist, zeigt der Umstand, daß man glaubte, mit der Entscheidung für Hegel festen Boden unter den Füßen zu haben. In Wirklichkeit aber ist es durchaus denkbar, daß der Auseinandersetzung zwischen den verschiedenen Anschauungen über Hegels Formel eine ebenso große theoretische und praktische Bedeutung zukommt wie der Auseinandersetzung zwischen Vergeltungsstrafe und Zweckstrafe des Schulenstreits.

Wie nun eigentlich die Kommission zu Hegels Strafrechtstheorie steht, wird in ihren Beschlüssen zu den verschiedenen Einzelproblemen deutlich werden. Hier ent-

51) vgl. Lange, Materialien I, 74; ebenso Sieverts a.a.O., S. 115

52) Vom Wesen des Täters, S. 8, zit. nach Heinitz, ZStW 63, 61, Anm. 15

53) Materialien I, S. 117, Anm. 10

54) ebenso Heinitz a.a.O.

scheidet sich auch, wie weit das reine Zweckdenken sich durchzusetzen vermochte, nachdem es durch das Bekenntnis zu Hegel in der Grundsatzdebatte zunächst völlig verworfen schien.

3) Die einzelnen Probleme im Lichte der Grundsatzentscheidung.

a) Die Schuldstrafe.

Von welcher weittragender Bedeutung die Grundsatzentscheidung der Kommission für die Vergeltungsstrafe ist, ergibt sich schon daraus, daß dieses Bekenntnis gleichzeitig die Entscheidung für das Schuldprinzip beinhaltet, da die Vergeltung einer unverschuldeten Tat dem abendländischen sittlichen Empfinden, wie es vom Christentum geprägt worden ist, aufs gröblichste widersprechen würde; die Strafe darf den Verbrecher nur wegen einer frei getroffenen Entscheidung treffen, für eine schuldhaft¹⁾e Tat. Wer ohne Schuld handelt, wird deshalb nicht bestraft (§ 2 S.1 Entwurf).

Im Bekenntnis zum Schuldstrafrecht liegt gleichzeitig eine entschiedene Absage an den Determinismus und ein Zweckstrafrecht im Sinne Ferris oder Grammaticas, in dem die Gefährlichkeit des Täters den Maßstab dafür abgibt, wie der Staat seine Maßnahmen auszuwählen und zu bemessen habe. Für ein solches "Straf"-recht wäre Schuld, wenn sie überhaupt anerkannt würde, bestenfalls ein Indiz für den Grad der Gefährlichkeit.

Dagegen ist in § 2 S.2 des Entwurfs die Antithese Schuld-Gefährlichkeit bewußt herausgestellt: Eine Erhöhung der Strafe, etwa weil der Täter gefährlich ist und noch einer spezialpräventiven Einwirkung bedürfte, um ihn zu resozialisieren, ist unstatthaft. Ein Antrag des Strafrechtsaus-

1) vgl. Dreher, Gerechte Strafe, S.31; auch Krille, Niederschriften I, S.40 l.Sp.

schusses der Rechtsanwaltskammern²⁾, die Strafe zu erhöhen, wenn dies aus dem Gesichtspunkt der Prävention nötig sei, wurde deshalb nicht diskutiert.

aa) Das Bekenntnis zur Schuld als Voraussetzung jeder Strafe ließ eine erneute Auseinandersetzung mit der Regelung des § 20 a StGB als geboten erscheinen. Denn der Begriff des *g e f ä h r l i c h e n G e w o h n - h e i t s v e r b r e c h e r s* hat bis auf den heutigen Tag seine Herkunft aus dem Zweckstrafrecht nicht verleugnen können; vielmehr steht der § 20 a StGB ganz im Zeichen der Zweckstrafe³⁾. Er findet seinen Ausgangspunkt in der einspurigen Sicherungsstrafe v. Liszts, die es gestattete, auch gegen den gefährlichen Verbrecher wirksame Gegenmaßnahmen in der Form der Strafe zu ergreifen.

Die verschärfte Bestrafung des gefährlichen Gewohnheitsverbrechers läßt sich zumindest vom althergebrachten Tatschuldrecht nicht begreifen. Sie ist überdies widerspruchsvoll, solange man an der scharfen Trennung von Strafe und Maßnahme festhält⁴⁾. Man hat trotzdem die Regelung des § 20 a StGB vom Schuldprinzip zu rechtfertigen gesucht und ist dabei zur "Lebensführungsschuld" und "Lebensentscheidungsschuld" gekommen, wie sie von Mezger und Bockelmann entwickelt worden ist. Auf Grund einer solchen Anschauung, die in der allmählichen Zuwendung des Täters zur verbrecherischen Laufbahn, in der Ausbildung eines Hanges die erhöhte Schuld erkennt, läßt sich wohl dem § 20 a StGB eine gewisse Rechtfertigung verleihen⁵⁾. Doch bleiben auch hier Fälle von Ge-

2) Dahn, Niederschriften I, S.39 r.Sp.

3) ebenso Maurach, S.675 ff.;
Mezger, Niederschriften III, S.180 f.

4) vgl. Engisch, ZStW 66, S.361/364;
Bockelmann, Niederschriften I, S.246 r.Sp.

5) ebenso Engisch, ZStW 66, S.361 ff.;
Kritisch Maurach, S.675 f.

fährlichkeit des Täters, die durch eine derartige Lebensführungsschuld nicht gedeckt werden; es gibt unverschuldete Gefährlichkeit⁶⁾.

Ein Verzicht darauf, die besondere Vorwerfbarkeit der Gefährlichkeit zu prüfen und festzustellen, bevor der Täter dafür schärfer bestraft wird, schien der Kommission vom Standpunkt eines konsequenten Schuldstrafrechts nicht zulässig zu sein⁷⁾. Demnach hätte man dem gefährlichen Gewohnheitsverbrecher gegenüber nur dann einen erhöhten Schuldvorwurf erheben können, wenn man ihm seinen Hang zum Verbrechen hätte vorwerfen können⁸⁾. Eine Trennung zwischen verschuldeten und unverschuldeten Persönlichkeitskomponenten ist aber nach dem heutigen Stand der Wissenschaft kaum durchzuführen⁹⁾. Es ist auch fraglich, ob es wünschenswert ist, daß sie jemals durchführbar ist, ob nicht hier gewisse Schranken einem allzu eifrigen Nachforschen gezogen sind - nämlich durch eine geistige Schamhaftigkeit¹⁰⁾. Das Problem der schärferen Bestrafung des gefährlichen Gewohnheitsverbrechers - sie könnte letzten Endes nur auf der engen Verknüpfung von Schuld und Gefährlichkeit beruhen - kann von einer Strafrechtstheorie, die ausschließlich auf dem Schuldprinzip steht, weder theoretisch noch technisch bewältigt werden.

6) ebenso Mezger, Niederschriften I, S. 58 l. Sp.; Bockelmann, a. a. O., S. 246 r. Sp.; Welzel, a. a. O., S. 60 l. Sp.; anders Jescheck, Menschenbild, S. 22; Baldus, Niederschriften I, S. 59

7) Mezger, Niederschriften III, S. 181

8) vgl. auch Englisch, ZStW 66, S. 361 ff.; Mezger, a. a. O., S. 180 f.; Schafheutle, a. a. O., S. 186; bedenklich Schäfer, a. a. O., S. 184, in dessen Äußerung, das Merkmal der Vorwerfbarkeit bedeute eine Schwächung der Praxis im Kampf gegen den Gewohnheitsverbrecher, reines Zweckdenken zum Durchbruch kommt.

9) ebenso Heinitz, ZStW 63, S. 75 f.; Gallas, Niederschriften I, S. 265 l. Sp., III, S. 179

10) ebenso Bockelmann, Materialien I, S. 29; Hellmuth Mayer, S. 65

Die Kommission hat es deshalb - wenn auch erst nach anfänglichem Schwanken - abgelehnt, eine dem § 20 a StGB entsprechende Bestimmung in den Entwurf aufzunehmen¹¹⁾.

Dagegen ist die "Verurteilung als Hangtäter" (§ 89 Entw.) mit dem Schuldprinzip vereinbar, da hieran nicht eine Erhöhung der Strafe geknüpft werden kann; sie ist nur Voraussetzung für die Anordnung der Sicherungsverwahrung und Sicherungsaufsicht (§ 90 Entwurf).

bb) Auch der Rückfallregelung des Entwurfs (§ 63), die zusammen mit der Möglichkeit der Verurteilung als Hangtäter die Lücke des § 20 a StGB schließen soll, kann man nicht vorwerfen, daß sie in unzulässiger Weise die Antithesen Schuld und Gefährlichkeit vermengt; sie hält sich im Rahmen des Schuldstrafrechts, weil eine höhere Strafe nur dann verwirkt ist, wenn dem Täter vorzuwerfen ist, daß er sich frühere Verurteilungen nicht hat zur Warnung dienen lassen.

Die Problematik besteht hier in anderer Beziehung: Es ist nicht ganz klar, ob der Rückfallbestimmung Einzeltatschuld oder Lebensführungsschuld zugrunde zu legen ist. In der Tat verbergen sich hinter der Formulierung des § 2 Entwurf, "Wer ohne Schuld handelt, wird nicht bestraft", recht unterschiedliche Vorstellungen. Während manche Kommissionsmitglieder nur die Einzeltatschuld als strafrechtliches Maß anerkannten¹²⁾, gingen wieder andere von einer Lebensführungsschuld oder "materiellen Schuld" aus¹³⁾.

Die gegensätzliche Auffassung vom Schuldbegriff hat nicht nur theoretische, sondern auch praktische Bedeutung. Dies kam schon in der Grundsatzdebatte zum Ausdruck: Mezger

11) vgl. Schafheutle, Niederschriften III, S.186 f.; Begründung des Entwurfs S.4 f.

12) so z.B. Gallas, Niederschriften I, S.264,270,41,1.Sp.

13) so Mezger, Niederschriften I, S.31 1.Sp.; Eb.Schmidt, Materialien I, S.21; Würtenberger, Materialien I, S.95; Sieverts, Materialien I, S.117, vgl. aber auch Niederschriften III, S.180; vgl. auch Zusammenstellung bei Sax, ZStW 69, S.418 ff.

bestimmte die Strafe nach dem Maße der Schuld. Demgegenüber wollte Eberhard Schmidt über den Gedanken der Lebensführungsschuld Schuldstrafe und Zweckstrafe vereinheitlichen, da eine Gesamtbewertung von Tat und Täter, die ein erweiterter Schuldbegriff ermögliche, den Gegensatz zwischen Schuld und Gefährlichkeit sehr relativieren würde¹⁴⁾. Daß ein Brückenschlag zwischen Schuld- und Zweckstrafe auf diese Weise möglich ist, ist mit Recht bezweifelt worden¹⁵⁾. Denn er setzte wohl voraus, daß Resozialisierung und Schuld Ausgleich in einem funktionalen Verhältnis stehen. Dies ist aber nicht der Fall. Zwar weist Eberhard Schmidt mit Recht darauf hin, daß das Sühnerlebnis die bedeutsamste Voraussetzung für den Erziehungserfolg sei¹⁶⁾, aber dessen Voraussetzung schlechthin kann es nicht sein, da Schuld und Sühne Begriffe sind, die der Erziehung an sich fremd sind, und überdies mit Recht betont wird, daß das Erlebnis der Sühne im heutigen Strafvollzug noch eine seltene Gnade sei¹⁷⁾. Auch erfaßt der Begriff der Resozialisierung, der freilich längst zum unscharfen Schlagwort geworden ist, noch eine andere Seite, nämlich die Rückkehr des Gefangenen ins soziale Leben¹⁸⁾. Ob diese glückt, hängt aber wesentlich davon ab, wie sich die bürgerliche Gesellschaft verhält, in die der Gefangene zurückkehrt. Daß der "Erziehungserfolg" auch darauf Einfluß nehmen kann, wird man aber nicht behaupten können.

Man kann deshalb mit Bockelmann sagen, daß zwischen dem Schuldmaß, das die Lebensführungsschuld bestimmt, und dem Resozialisierungsmaß "keine prästabilierte Harmonie" besteht¹⁹⁾. Die Versuchung wäre in diesem Fall wohl zu groß,

14) Eb.Schmidt, Materialien I, S.21; Sieverts, a.a.O., S.117; vgl.dazu Bockelmann, Niederschriften I, S.46 r.Sp.

15) Mezger, Niederschriften I, S.43 r.Sp.; Gallas, a.a.O., 41 l.Sp.; III, 179

16) Materialien I, S.13

17) Eb.Schmidt, a.a.O.

18) ebenso Eb.Schmidt, ZStW 67, S.183

19) Niederschriften I, S.46 r.Sp.

Schuldmaß und Strafe vom Ziel der Besserung und Erziehung her zu bestimmen²⁰⁾. Diese Einwände treffen nicht den Versuch, den Täter über echte Sühne zur Entsühnung, zur Versöhnung mit der Gemeinschaft zu führen, da sich hier Mittel und Ziel entsprechen.

Obwohl dem Gedanken der Lebensführungsschuld nicht unerhebliche Bedenken entgegenstehen, ist auch der Entwurf mit der Durchführung eines reinen Tatschuldprinzips nicht ausgekommen²¹⁾. Dies zeigt nicht zuletzt die allgemeine Rückfallbestimmung des § 63. Wenn nämlich die Vortaten die Schwere der Schuld beeinflussen, so gibt der Entwurf zu erkennen, daß das Maß der Schuld nicht allein von den unmittelbaren Tatumständen abhängt. Ob darin für den Bereich der Strafzumessung eine Erweiterung des Begriffes der Tat liegt oder eine Erweiterung des Begriffes der Schuld über die Tatschuld hinaus, läßt die Begründung des Entwurfs²²⁾ offen. Eine Erweiterung des Begriffes Tatschuld anzunehmen, dürfte näher liegen, da man beim ungleichartigen Rückfall bei sehr verschiedenen Delikten kaum mehr mit einem erweiterten Tatbegriff, wenn auch nur für die Strafzumessung, operieren kann.

Aber es ist auch zweifelhaft, ob man hier noch von T a t - schuld sprechen kann. Gewiß, das ist eine Frage der Terminologie. Aber es ist klar, daß man damit nicht ins Uferlose gehen kann, wenn man nicht die Grenze zur Lebensführungsschuld verwischen will.

Gallas ist allerdings der Auffassung, daß die höhere Strafe des Rückfalltäters an eine erhöhte Tatschuld anknüpfe, während man die Strafschärfung beim Gewohnheitstäter bestenfalls mit der Lebensführungsschuld rechtfertigen könne.²³⁾ Ein solch qualitativer Unterschied in der Vorwerfbarkeit

20) ebenso Gallas, Niederschriften III, S.179

21) vgl. auch Welzel, Niederschriften III, S.256

22) S.12 1.Sp.

23) Niederschriften III, S.179 f.

beim Rückfalltäter und beim Gewohnheitsverbrecher scheint aber nicht zu bestehen. Es ist zwar richtig, daß es bei der Lebensführungsschuld um die schwierige Abgrenzung vom Anlagemäßigen geht²⁴⁾, doch hat dieser Umstand seine Ursache darin, daß sich das zu mißbilligende Handlungsgefüge im wesentlichen im Stillen ausbildet, daß mit der Tat gleichsam auf einmal die Gefährlichkeit des Menschen sichtbar wird und man nicht weiß, woher sie gekommen ist. Auch beim Rückfalltäter bildet sich ein derartiges Handlungsgefüge aus, nur mit dem Unterschied, daß die Entwicklung offen zutage liegt, sie muß in den Vortaten gleichsam auskristallisieren. Daß allerdings auch hier das Maß der Vorwerfbarkeit nicht einfach festzustellen ist, hat die Diskussion um die Ausgestaltung des § 63 gezeigt²⁵⁾.

Der Unterschied scheint also doch nicht so wesentlich zu sein²⁶⁾; man kann auch beim Rückfalltäter von Lebensführungsschuld sprechen, die sich allerdings auf die Tat selbst ausgewirkt haben muß²⁷⁾. Auch bei der Strafzumessung und Strafaussetzung zur Bewährung, in den §§ 62, 64, 67 und 74 des Entwurfs finden sich deutliche Ansatzpunkte zu einer Persönlichkeitsschuld, wenn die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse sowie das Verhalten nach der Tat bei der Strafzumessung zu berücksichtigen sind und der Tat vorausgehende oder nachfolgende Umstände die Schuld erhöhen oder vermindern können usw. Mit reiner Tatschuld wird man da nicht mehr auskommen, wenn man diesen Begriff nicht über Gebühr ausdehnt. Hier kommt wohl doch eine gewisse Sympathie des Gesetzgebers mit der Idee der Täterstrafe zum Durchbruch²⁸⁾. Diese Neigung des Gesetzgebers, die ja schon in den Entwürfen 1927 und 1930 deutlich wird²⁹⁾,

24) Gallas, a.a.O.

25) vgl. Niederschriften III, S.153 ff.

26) im Ergebnis ebenso Lange, Niederschriften III, S.183

27) vgl. Begründung d.Entw. S.12 l.Sp., aber auch S.63 r.Sp.

28) vgl. Engisch, ZStW 66, S.343 f.; auch Eb.Schmidt, ZStW 69, S. 385 f.

29) vgl. Engisch a.a.O.

beruht nicht auf Zufall. Wie man bei der Strafzumessung von der taxmäßigen Tatvergeltung abrückt, weil man dem konkreten Menschen gerecht werden will, so sind auch die Bestrebungen zu beurteilen, die Tatschuld zur Lebensführungsschuld, zur Persönlichkeitsschuld auszubauen: Man will vom Täter mehr wissen. Man hat nämlich erkannt, daß der enge Ausschnitt aus dem Leben des Angeklagten, den der Richter im Strafprozeß sieht, das kurze Schlaglicht, das die Tat auf die Persönlichkeit des Täters wirft, nicht genügen können, um eine zuverlässige Urteilsgrundlage zu bilden. Diese Bemühungen, die mit Franz v. Liszts Paradoxon, nicht der Begriff sei zu strafen, sondern der Täter³⁰⁾, eingesetzt haben, führen zur Forderung: "Nicht der Täter, sondern der Mensch!"³¹⁾.

Die Ansätze zu einer Täterschuld weisen darauf hin, daß der Gegensatz Vergeltungsstrafe - Zweckstrafe nicht mehr mit aller Schärfe durchgefochten wird, da es sonst nicht sein könnte, daß der Gesetzgeber, der weiterhin grundsätzlich auf dem Standpunkt der Vergeltungsstrafe verharret, die Forderungen erfüllt, die im Schulenstreit die Anhänger einer Zweckstrafe auf ihr Banner geschrieben hatten. So mancher Gegensatz, einst brillant formuliert, hat sich als nichtig erwiesen.

Dies scheint freilich nicht für Tatschuld und Täterschuld zu gelten. Nach Gallas besteht schon die Schwierigkeit, die Lebensführungsschuld in eine bestimmte Strafgröße umzumünzen³²⁾; in Wahrheit würde man die Frage stellen, welche Strafe zur Besserung notwendig sei³³⁾. Damit wäre der Vergeltungsgrundsatz in der Tat schon verlassen. Auch sonst wird darauf hingewiesen, daß - wie bereits erwähnt - sich die vorwerfbaren und nicht vorwerfbaren Persönlich-

30) v. Liszt, Aufsätze I, S. 175

31) Radbruch, Einführung in die Rechtswissenschaft, S. 135

32) Niederschriften III, S. 179

33) Gallas, a.a.O. I 64, 270

keitskomponenten kaum trennen lassen. Diese Schwierigkeiten werden sich wohl nie beheben lassen, weil sie darauf beruhen, daß das Seelenleben des Menschen Dritten immer etwas Rätselhaftes sein wird. Man wird dann eben darauf verzichten müssen, den "letzten ethischen Feingehalt" der Strafe zu erfassen³⁴⁾. Aber kann so das "schlechte Gewissen" der Juristen auch nur einigermaßen beruhigt werden?

Das Dilemma, daß die Tatschuld zu grob, die Persönlichkeitsschuld kaum faßbar ist, trifft besonders die Vergeltungsstrafe, während eine Strafauffassung, die von der Zweckstrafe ausgeht, sich mit einer Persönlichkeitsschuld recht gut zurechtfindet, weil sie letzten Endes doch nicht von einer Tilgung der Schuld ausgeht, sondern den Gedanken mit der Schuldstrafe verbindet, wie der Täter gebessert werden könne, wie lange er zurückgehalten werden müsse, um resozialisiert zu werden. Dann ist die Trennung zwischen verschuldeten und unverschuldeten Persönlichkeitskomponenten nicht mehr so wesentlich.

Die Situation der Strafe, die zur Sühne und Entsühnung des Täters führen soll, scheint dagegen ausweglos. Die Sühnestrafe verlangt eine möglichst genaue Feststellung der Schuld, da Sühne nicht das freiwillige Auf sich nehmen irgendeines Übels als Strafe ist, sondern das der gerechten, der Schuld entsprechenden Strafe. Die Strafe muß vom Täter als "verdient" anerkannt werden können. Diese Schuld auf Tatschuld zu beschränken, erscheint in der Regel als zu eng, wenn man den Täter nicht mit etwas Lebensfremdem, einer juristischen Abstraktion konfrontieren will. Denn man wird berücksichtigen müssen, daß der gegen sich selbst wahrhaftige Täter - wie es ja der sühnebereite Mensch ist - regelmäßig für eine Art Persönlichkeitsschuld wird büßen wollen, weil er die Tat in ihren

34) so Gallas, a.a.O. I, S.270

Wurzeln kennt. Die Lebensführungsschuld, durch Dritte festgestellt, erscheint aber zu sehr als Vermutung, zu vage, um einem sühnebedürftigen Menschen eine Bestandsaufnahme sein zu können. Der Ausweg ist wohl darin zu sehen, daß man das natürliche Sühnebedürfnis des Täters für Schuldbestimmung und Strafzumessung ausnützt. Wie dies geschehen könnte, wird unten zu erörtern sein.

cc) Die Rückfallvorschrift sollte ursprünglich durch eine Bestimmung ergänzt werden, die eine Strafschärfung bei *N e i g u n g z u S t r a f t a t e n* vorsah. Diejenigen, die diese Lösung befürworteten, wollten damit vor allem erreichen, daß es bei bestimmten Voraussetzungen nicht mehr dazu kommt, daß Strafhaft verhängt wird; die "homöopathischen Dosen" sollten verschwinden, die in der Praxis so oft zu sehen seien³⁵⁾.

Der Vorschlag³⁶⁾ wurde jedoch überwiegend abgelehnt. In der Tat war die geplante Vorschrift, die unter anderem darauf abstellte, ob "eine längere Einwirkung im Strafvollzug erforderlich ist, um ihn (den Täter) zu einem gesetzmäßigen und geordneten Leben zu führen", rein spezialpräventiv gefaßt³⁷⁾ und damit ein Verstoß gegen den in § 2 Entwurf niedergelegten Primat des Schuldprinzips. Welzels Versuch, das kriminalpolitische Anliegen mit Hilfe des Gedankens der Lebensführungsschuld doch noch zu retten, ist wohl als gescheitert anzusehen. Denn auch vom Standpunkt der Lebensführungsschuld darf die Strafe nur höher sein, wenn der Täter größere Schuld auf sich geladen hat; nicht aber kann die Lebensführungsschuld dazu dienen, die Strafe zu erhöhen, weil dem Täter eine ungünstige Prognose gestellt werden muß. In derartigen Fällen muß man in einem zweispurigen Strafrecht zur Maßregel greifen.

35) Welzel, Niederschriften III, S.182 r.Sp.

36) vgl. Niederschriften III, S.354 r.Sp.

37) ebenso Bockelmann, Niederschriften III, S.189

Hier zeigt sich, daß dem Begriff des Neigungstäters in Wirklichkeit dasselbe Prinzip zugrunde liegt wie dem des gefährlichen Gewohnheitsverbrechers in § 20 a StGB³⁸⁾. Die Strafschärfung für den Neigungstäter ist nur deshalb nicht so bedrohlich wie die in § 20 a StGB, weil sich der Strafraum in vergleichsweise bescheidenen Grenzen hielt.

Obwohl die Kommission es abgelehnt hat, den Begriff des Neigungstäters in den Entwurf einzuführen, spielt der Begriff im Entwurf doch noch eine Rolle, nämlich bei der Wahl zwischen Gefängnis und Strafhaft (§ 53 S.2 Entwurf). Der Neigungstäter hat also sein Ziel im wesentlichen erreicht, wenn auch in bescheidenerem Gewande. Die Hartnäckigkeit, mit der die Frage umstritten wurde, läßt darauf schließen, daß es sich um mehr als nur um die Ausgestaltung einer nachgeordneten Norm handelt. In der Tat wird man zugeben müssen, daß hinter der Forderung, die Neigung zu Straftaten besonders zu berücksichtigen, ein wichtiges kriminalpolitisches Anliegen steht, nämlich die Frage, ob die gerechte Strafe kriminalpolitisch zwecklos sein darf und sein kann. Es ist nicht zuviel gesagt, daß hier der Gegensatz Vergeltungsstrafe - Zweckstrafe auferstanden ist.

Die Kommission hätte es ablehnen müssen, die Vorschrift über den Neigungstäter in den Entwurf aufzunehmen, nachdem sie sich dagegen ausgesprochen hatte, eine dem § 20 a StGB ähnliche Vorschrift beizubehalten. Es kann nicht genügen, den Gedanken der Lebensführungsschuld heranzuziehen, um § 53 S.2 Entwurf gegenüber dem Schuldprinzip zu rechtfertigen. Denn der Umstand, daß der Täter "anfällig" ist, Straftaten zu begehen, braucht nicht verschuldet zu sein. Die Anfälligkeit kann bloße Gefährlichkeit sein.

Die Einführung des Neigungstäters ist ein bewußtes Bekenntnis zur kriminalpolitisch zweckmäßigen Strafe.

38) ebenso Gallas, Niederschriften III, S.191 l.Sp.

Allerdings hat sich damit die Kommission in Widerspruch zum Grundsatz des § 2 S.2 Entwurf gesetzt, daß die Strafe das Maß der Schuld nicht überschreiten dürfe. Das wird in Jeschecks Bemerkung deutlich, wenn er die Verurteilung des Neigungstäters zu höherer Strafe aus Zweckgesichtspunkten für nötig und gerechtfertigt hält³⁹⁾.

dd) Die Frage nach Gerechtigkeit und Zweckmäßigkeit der Strafe war der Kommission im Zusammenhang mit dem Problem des " Ü b e r z e u g u n g s t ä t e r s " besonders eindringlich gestellt.

Um die gerechte Behandlung des Überzeugungsverbrechers hat sich Radbruch in seinem Entwurf 1922 besonders bemüht; in § 71 sah er für den Täter, dessen ausschlaggebender Beweggrund zur Tat die sittliche, religiöse oder politische Überzeugung war, anstelle von Gefängnis- die Zuchthausstrafe war abgeschafft - die nicht ehrenmindernde Einschließung vor⁴⁰⁾. Dieser Gedanke, der als § 71 in den Entwurf 1925 übernommen worden war, wurde in den Entwürfen 1927 und 1930 stark eingeschränkt⁴¹⁾ und im Entwurf 1936⁴²⁾ so sehr verstümmelt, daß von seinem Kerngehalt nichts mehr übrig blieb; die Privilegierung wurde davon abhängig gemacht, daß sich der Täter nicht gegen das "Wohl des Deutschen Volkes" vergangen hatte.

Denn was ist der Sinn einer Vorschrift, die den Überzeugungstäter bevorzugt? Es ist die Idee, daß das Recht nicht nur ein Befehl des Staats, nicht bloß heteronome Zwangsnorm ist, sondern daß das Gesetz nur dann zu verpflichten vermag, wenn es zuvor vom Gewissen oder Rechtsgefühl des einzelnen gebilligt wurde⁴³⁾.

39) Niederschriften III, S.255; vgl. auch Bockelmann, a.a.O., S.256; Begründung des Entwurfs, S.6 r.Sp.

40) vgl. Gustav Radbruchs Entwurf, Bemerkungen S.54

41) jeweils § 72

42) § 31, I, zitiert nach Krille, Niederschriften III, 51 l.Sp.

43) Laun, S.14; ebenso Welzel, Niederschriften III, 61 r.Sp.

Der Rechtsstaat aber kann auf die Verletzung von Recht - verstanden als autonomes Sollen, das im Gewissen verpflichtet - nicht genauso reagieren wie auf die Nichtbeachtung einer heteronomen Regel, von "Gewaltrecht"⁴⁴⁾, das niemals aus sich heraus verpflichten kann. Man wird deshalb auf einen Gegensatz zwischen Individualethik und Sozialethik nicht abstellen können, wie es Lange in der Diskussion um den Überzeugungstäter getan hat⁴⁵⁾. Eine derartige Anschauung würde auch einem Schuldstrafrecht nicht gerecht werden⁴⁶⁾: Alle Schuld beruht auf Vorwerfbarkeit. Die Vorwerfbarkeit bezieht sich aber nicht darauf, daß der Täter sich gegen ein staatliches Gebot, gegen den mächtigen Staat auflehnt und deshalb vielleicht unzweckmäßig und unklug gehandelt hat, sondern daß er seine Pflicht verletzt hat. Diese Pflicht, das Sollen, kann aber nur das eigene Gewissen begründen. Wie hätte man sonst verlangen können, daß der einzelne dem "gesetzlichen Unrecht" eines totalen Staates widerstrebt, wenn der Gesetzesbefehl verpflichtendes Recht gewesen wäre?⁴⁷⁾ Bedenklich ist deshalb die Auffassung, "daß die vom Gesetz abweichende Überzeugung für die Strafrechtsordnung nicht maßgebend sein könne"⁴⁸⁾. Hier tritt ein erstaunlich starker Zug zum Positivismus zutage.

Dagegen ist die Frage danach, wie das Gewissen des Täters zu seiner Entscheidung Stellung genommen hat, von größter Bedeutung. Auf sie kann im Rahmen eines vertieften Schuldstrafrechts nicht verzichtet werden⁴⁹⁾. Der Staat muß die Gewissensentscheidung respektieren, selbst wenn sie irrig sein sollte⁵⁰⁾.

44) Laun, S.9

45) Niederschriften III, S.61 l.Sp.

46) anders Lange a.a.O.

47) ebenso Welzel, Niederschriften III, S.61 r.Sp.

48) so Jescheck, Niederschriften I, S.95 l.Sp.; Menschenbild, S.11

49) vgl.dazu die Lehre vom Verbotsirrtum, Maurach, S.384 f.

50) ebenso Welzel, Niederschriften III, S.61 r.Sp.; grundsätzlich zustimmend auch die Stellungnahme der Mitglieder des Bundesgerichtshofs, mitgeteilt von Baldus, Niederschriften I, S. 295; vgl.auch Begründung des Entwurfs, S.52 l.Sp.

Daß die Anerkennung des Überzeugungstäters eine Folge des Schuldprinzips ist, ergibt sich auch aus dem Sühnedenken, wie er oben dargelegt wurde. Wenn Sühne das autonome Aufsichnehmen der Strafe ist, um die sittliche Freiheit zurückzugewinnen, so kann sie nicht für den Überzeugungstäter sinnvoll sein, der gerade durch die Tat seine sittliche Freiheit erhalten hat!

Die Mehrheit der Kommission lehnte es ab, eine besondere Vorschrift für den Überzeugungstäter einzuführen. Der Entschluß war nicht zuletzt von der Besorgnis getragen, der westdeutsche Staat könnte gegenüber politischen Angriffen wehrlos sein. Die Befürchtungen, daß die "Privilegierung" des Überzeugungstäters, die ja in Wahrheit keine Privilegierung, sondern nur eine Auswirkung des Schuldstrafrechts ist, politisch als Zeichen der Schwäche ausgelegt werden und die Grundsätze der Rechtsordnung in Gefahr bringen könne, sind nicht gerechtfertigt. Dies hat Welzel in überzeugender Weise dargetan: Die Einteilung in Überzeugungstäter im engeren Sinne, d.h. Täter, die aus blinder Überzeugung handeln und denen deshalb ein schwererer Vorwurf gemacht werden muß, und in Gewissenstäter, d.h. Täter, die einen Gewissenskampf um die Richtigkeit ihrer Entscheidung durchgefochten haben, beseitigt das Grundübel der Radbruch'schen Lehre, daß auch der blinde Fanatiker und der hörige Gefolgsmann ehrenvoll behandelt wurden. Denn es besteht kein Zweifel, daß sich z.B. die Fanatiker einer bestimmten politischen Richtung nicht darauf berufen können, daß sie ihr Gewissen nicht zu Gehorsam zu Recht und Gesetz dieses Staates verpflichtete; sie haben ihr Gewissen nie befragt, nie zu Wort kommen lassen. Anders steht es mit dem Täter, der nach langem Kampf und gewissenhafter Prüfung sich für die Tat entschließt. Ihn kann man nicht mit dem blinden Fanatiker gleichsetzen, wenn man nach dem Maß der Schuld, nicht aber nach einer äußeren Zweckmäßigkeit straft.

Demnach dürfte die ablehnende Haltung des überwiegenden Teils der Kommission, eine besondere Vorschrift für den Gewissenstäter vorzusehen, auf einem Überhandnehmen des Zweckdenkens beruhen. Dies kommt auch in den Ausführungen von Jescheck⁵¹⁾, Krille⁵²⁾ und Bader⁵³⁾ klar zum Ausdruck. Das ist vielleicht überraschend nach dem Erkenntnis zu Vergeltungsstrafrecht und Schuldprinzip in der Grundsatzdebatte. Das Argument, eine volle Bestrafung sei hier im Interesse höchster Ziele, nämlich der Erhaltung des Staats erforderlich⁵⁴⁾, kann nicht beruhigen. Ob der Gesichtspunkt wirklich zutrifft oder sich nur auf eine vordergründige Zweckmäßigkeit bezieht, kann hier dahingestellt bleiben⁵⁵⁾. Es ist dasselbe Argument, das damals die Vertreter der Zweckstrafe verwendeten. "Die richtige, d.h. die gerechte Strafe ist die notwendige Strafe", nämlich notwendig, um die Staats- und Rechtsordnung zu erhalten. Nur glaubte man seinerzeit, wegen inneren Gefahren, der steigenden Kriminalität, zur zweckmäßigen Strafe greifen zu müssen, heute vorwiegend wegen Bedrohungen von außen.

Die Entscheidung ist deshalb so erstaunlich, weil erst die jüngste Vergangenheit gezeigt hat, wie ein totaler Staat den andersdenkenden Menschen rücksichtslos dem "Wohl des Volkes" darbringt. Darin liegt auch das Unheimliche: Gegenüber der Anerkennung der Zweckstrafe beim Neigungstäter ist es nicht das Wohl des Täters, das den Zweckgedanken auf den Plan ruft, sondern das unbestimmte Wohl des Volkes, ein anonymes Staatsziel.

Die Kürze der Debatte über den Überzeugungstäter zeigt, daß man diesem Problem eine zu geringe Bedeutung beimaß. So konnte es geschehen, daß die Mehrzahl der Diskussions-

51) so Niederschriften I, S.94 f.

52) Niederschriften III, S.49 ff., insbes. 52 f.

53) Niederschriften III, S.62

54) Bader, a.a.O.

55) vgl. Welzel, Niederschriften III, S.62

redner stillschweigend von der Annahme ausging, daß ein Rechtsstaat kein gesetzliches Unrecht schaffen könne⁵⁶⁾. Diese Annahme ist nicht begründet. Gerade den Rechtsstaat sollte auszeichnen, auch für diese Möglichkeiten ein Ventil offenzuhalten.

b) Die Zweispurigkeit der strafrichterlichen Reaktion.

Für die bedeutsame Frage, wie das Verhältnis der strafrichterlichen Reaktionen auf Schuld und Gefährlichkeit auszugestalten sei, erwies sich die Entscheidung der Kommission zum Grundsatzproblem, wie die Strafe zu rechtfertigen und welche Strafzwecke anzuerkennen seien, als präjudiziell¹⁾. Das eindeutige Bekenntnis zum Primat des Schuldgedankens, zu dem Satz, daß die Strafe das Maß der Schuld nicht überschreiten dürfe (§ 2 S.2 Entwurf), schließt nicht nur die Umwandlung des überkommenen Strafrechts in ein einspuriges System von ethisch wertfreien Sanktionen aus, sondern auch ein Strafrecht, daß die Schuld lediglich zur Voraussetzung, zum "Ob" der Strafe macht, während das "Wie" allein von der Zweckmäßigkeit bestimmt würde. Derartige Strafauffassungen wären mit den Prinzipien der Schuldvergeltung nicht mehr vereinbar, weil bei ihnen der Zweckgedanke dominieren würde.

Es war deshalb für die Kommission naheliegend, das System der Zweispurigkeit beizubehalten, das in herkömmlicher Weise die strafrichterlichen Reaktionen auf Schuld und Gefährlichkeit vereinigt. Die Zweispurigkeit ermöglicht eine - zumindest theoretisch - klare Trennung zwischen Strafe und Maßnahme; in ihr läßt sich der Primat des Schuldprinzips durchführen, da der Strafe nicht Aufgaben zufallen, die mit ihrem Wesen, dem Ausgleich der Schuld, nichts mehr zu tun haben. Andererseits ist es auch innerhalb eines derartigen Schuldstrafrechts zulässig, die Strafzwecke der General- und Spezialprävention zu berücksichtigen.

56) vgl. Jescheck, Menschenbild, S.11

1) ebenso Berichte, ZStW 66, S.572 ff.

sichtigen, freilich nur innerhalb der Grenzen, die § 2 S.2 Entwurf zieht. Aber dies genügt, da eine (einspurige) Schuldstrafe ohnehin nicht ausreichen kann, die allgemein anerkannten Forderungen der Kriminalpolitik, etwa die Sicherung der Öffentlichkeit vor Geisteskranken, unbesserlichen Gewohnheitsverbrechern usw., zu erfüllen. Es sind deshalb ergänzende Vorschriften über wertfreie Maßregeln der Sicherung und Besserung nötig, wie sie auch der Entwurf in den §§ 85 ff. vorsieht.

Dieses Nebeneinander von Strafe und Maßregel beruht auf einem Kompromiß zwischen der Vergeltungsstrafe des 19. Jahrhunderts und der Zweckstrafe, wie sie von der modernen Schule vertreten wurde. Die Kumulation von Strafe und Maßregel fand zum ersten Mal im Stooß'schen Vorentwurf eines schweizerischen Strafgesetzbuchs von 1893 gesetzgeberischen Ausdruck²⁾. In dieser Vereinigungstheorie blieben die Lehren der klassischen Vergeltungstheorie unangestastet, während die dringendsten kriminalpolitischen Forderungen der relativen Straftheorie befriedigt werden konnten.

Der Vorschlag von Stooß stellte eine bedeutende Leistung dar, weil er einen Weg wies, wie man dem Schulenstreit ausweichen konnte. Nun ist heute der Schulenstreit - zumindest in seiner unfruchtbaren Polemik - erloschen, so daß eigentlich auch der Grund weggefallen sein sollte, der einst ausschlaggebend war, der Entscheidung aus dem Wege zu gehen. Wenn man dem erneuten Bekenntnis der Kommission zur Zweispurigkeit eine gewisse Folgerichtigkeit nicht wird absprechen können³⁾, so kann die Lösung, die gleichsam ein Waffenstillstand zwischen beiden Richtungen ist, nicht mehr befriedigen. In der Tat kommt die

2) vgl. dazu v.Liszt, Aufsätze II, S.122 ff.

3) ebenso Krille, Niederschriften I, S.57; Baldus, a.a.O. I, S.58; Mezger, a.a.O.III, S.180, 1.Sp.; auch Eb.Schmidt, ZStW 69,392

"Vereinigungstheorie" über ein bloßes "Nebeneinander" der verschiedenen Gesichtspunkte nicht hinaus; sie bringt keine geisteswissenschaftliche Überwindung des Gegensatzes Vergeltungsstrafe - Zweckstrafe⁴⁾.

Das beunruhigende Gefühl, daß man sich mit einem Provisorium behilft, nachdem seinerzeit die Entscheidung nur vertagt wurde, zeigt sich bei der Frage nach der Rechtfertigung der Maßregeln, besonders der Sicherungsverwahrung, zumal man sich nicht darüber hinwegtäuschen kann, daß im Vollzug ein wesentlicher Unterschied zwischen Freiheitsstrafe und Sicherungsverwahrung nicht gemacht werden kann⁵⁾.

Man ist sich nur einig, daß Maßregeln notwendig sind. Aber die Maßregel ist, weil notwendig, noch nicht gerecht. Franz v. Liszts berühmtes Wort, daß das Notwendige auch das Gerechte sei, wird zur Rechtfertigung der Maßregeln nicht ausreichen⁶⁾. Auch Welzels Gedanke, daß in dem allgemeinen "sozialethischen Gedanken, daß am Gemeinschaftsleben nur teilnehmen kann, der sich von den Normen des Gemeinschaftslebens leiten lassen kann", die sittliche Zulässigkeit der Maßregel zu suchen sei⁷⁾, bringt in Wahrheit keine Rechtfertigung; er ist nur eine - freilich treffliche - Schilderung der Lage, in der sich Schuldunfähige oder sonstwie belastete Menschen befinden können. Es geht aber nicht an, aus der Abartigkeit dieser Menschen die Berechtigung abzuleiten, sie zu verwahren⁸⁾.

4) ebenso Nohl, S.163

5) ebenso Lange, Niederschriften I, S.60; Sieverts, a.a.O. III, S.195; Welzel, Lehrbuch S.208; vgl. auch Hellmuth Mayer, S.379 f.

6) so aber anscheinend Mezger, Niederschriften I, S.269 f.; vgl. auch Eb.Schmidt, ZStW 69, S.377 f.

7) Welzel, Lehrbuch S.206; zustimmend Bockelmann, Niederschriften I, S.247 l.Sp.

8) ebenso Lange, Niederschriften I, S.61; Gallas, a.a.O. S.265 l.Sp.

Das Problem ist deshalb weiterhin ungelöst. Damit wird deutlich, daß es der Vergeltungsstrafe bis heute noch nicht gelungen ist, das große Stück Zweckstrafe, das mit den sichernden und bessernden Maßregeln dem Strafrecht einverleibt wurde, auch nur einigermaßen zu verdauen. Diese ethisch indifferenten Maßnahmen sind und bleiben ein Fremdkörper in einem Strafrecht, das auf dem Gedanken der Verantwortlichkeit, auf dem Schuldprinzip aufbaut.

Nicht zuletzt unter diesem Gesichtspunkt wird man die Ansätze und Versuche beurteilen, für die Rechtfertigung der Maßregeln den Gedanken der Lebensführungsschuld zu verwerten⁹⁾.

Darüber hinaus gehen aber noch die Bestrebungen, die strafrichterliche Reaktion in ihrer Gesamtheit auf eine einheitliche Basis zu stellen, Es sind dies die Versuche, über die Lebensführungsschuld oder materielle Schuld zu einer einspurigen Sicherungsstrafe in Form einer unbestimmten Verurteilung zu kommen, in der Strafe und Maßregel aufgehen. Der Gedanke hat etwas Bestechendes an sich; seine Verwirklichung könnte eine Reihe von Problemen, wie die Rechtfertigung der Maßnahmen, das Dilemma der ungenügenden Unterscheidung von Strafe und Maßregel im Vollzug usw. aus der Welt schaffen.

Ist nun der Optimismus gerechtfertigt, der sich an jene Versuche knüpft? Es ist das gleiche Problem zu bewältigen, wie es schon im Zusammenhang mit der Strafschärfung des § 20 a StGB beim gefährlichen Gewohnheitsverbrecher behandelt wurde und das in die Frage mündet, ob Gefährlichkeit, die in der Tat zum Ausdruck gekommen ist, in jedem Fall eine Erhöhung der Strafe rechtfertigt. Die Lage ist nur insofern etwas anders gegenüber der Regelung des § 20 a StGB, als die Maßregel in die Strafe eingebaut werden müßte. Eine derartige Regelung, die dem gefährlichen Gewohnheitsverbrecher gegenüber nur eine einspurige Reaktion

9) vgl. Gallas, Niederschriften I, S.265 l.Sp.;
Bockelmann, a.a.O., S.277

vorsähe, wäre im Vergleich zu § 20 a StGB dogmatisch klarer, aber vom Schuldprinzip aus ebenso schwierig, wenn nicht noch schwieriger zu rechtfertigen, weil es dann überhaupt keinen Ausweg mehr gäbe, auf unverschuldete Gefährlichkeit nur durch Maßnahmen zu reagieren.

In Wirklichkeit hat die Theorie von der unbestimmten Sicherungsstrafe den Boden des Schuldstrafrechts schon verlassen. Das ist auch nicht verwunderlich, da sie mit Erziehung und Sicherung reale Zwecke verfolgt und die Strafe in dieser Hinsicht zweckmäßig ausgestalten muß. Sie ist deshalb echte Zweckstrafe im Sinn der relativen Theorien. Für eine solche Strafauffassung ist die Grenze des § 2 S.2 Entwurf untragbar, wenn ihr die Gefährlichkeit nicht Schuldmoment ist¹⁰⁾. Ob aber Gefährlichkeit immer eine höhere Schuld begründet, wie es die "Gefährlichkeit als Schuldmoment" voraussetzte, darf wohl bezweifelt werden¹¹⁾. Aus diesem Grunde ist es bedenklich, wenn Sieverts¹²⁾ und Würtenberger¹³⁾ den Sühnegedanken so sehr betonen. Gerade dort, wo man echte Sühne vom Täter verlangt und erwartet, ist eine scharfe Trennung zwischen Schuld und unverschuldeter Gefährlichkeit geboten, da der Sühnegedanke in Mißkredit kommen muß, wenn dem Täter etwas zugemutet wird, was er nicht vollbringen kann, nämlich eine schlechte Anlage, einen angeborenen Charaktermangel zu sühnen, den er bekämpft hatte, dem er aber schließlich unterlag. Hier ein reinigendes aktives Aufsichnehmen einer höheren Strafe zu fordern, wäre nicht nur ungerecht, sondern vom Sühnegedanken aus gesehen ein absolut untauglicher Versuch.

Auch der mehrdimensionale Strafbegriff, zu dem sich die

10) so aber Eb.Schmidt, SchwZSt 45, S.227,236; vgl. auch Sieverts, Materialien I, S.117

11) kritisch auch Engisch, ZStW 66, S.361

12) a.a.O., S.116

13) Materialien I, S.95

Kommission in Anschluß an Mezger¹⁴⁾ bekannte, führt zu keiner Synthese. Dies geht aus den Bemühungen Dreher's im Aufsatz "Die Vereinheitlichung von Strafen und sichernden Maßnahmen" hervor¹⁵⁾. Nach Dreher ist eine mehrdimensionale Strafe nur sinnvoll, wenn jede ihrer einzelnen Funktionen je nach Lage des Falles vor der anderen dominant werden kann¹⁶⁾, d.h., daß der Sicherungszweck, der Erziehungszweck eine Strafe rechtfertigen können, die das für den Menschen erkennbare Schuldmaß weit übersteigt¹⁷⁾. Das ist aber ein Verstoß gegen das Schuldprinzip, weil es dann Fälle gibt, wo das Maß der Schuld hinter dem Strafmaß zurückbleibt. Das Bekenntnis zur Schuldvergeltung wäre dann nicht mehr als eine rechtsphilosophische Verbrämung der Strafe, die keinerlei praktische Bedeutung hätte.

Über die Einsicht, daß die so ~~verstandene~~ mehrdimensionale Strafe zur reinen Zweckstrafe würde, kann auch der Umstand nicht hinwegtäuschen, daß Dreher's Strafe auch das Schuldprinzip enthält. Denn der Ausgleich der Schuld ist nur eine Funktion der Strafe unter anderen und dient wie diese anderen dem gemeinsamen Zweck, der Resozialisierung und der Sicherung. Damit wird auch mit der Schuldstrafe ein rationaler Zweck verfolgt; die Schuld ist nur einer der Faktoren, die beim Resozialisierungsvorgang eine Rolle spielen¹⁸⁾.

Die geschilderten Versuche, die Zweispurigkeit der strafrichterlichen Reaktion zu überwinden, erweisen sich somit als gescheitert. Ihr Ergebnis ist die Zweckstrafe und die

14) Niederschriften I, S. 29 ff.

15) ZStW 65, S. 481 ff., bes. 486 ff.; vgl. auch Dreher, Gerechte Strafe, S. 127 ff.

16) a.a.O., S. 486

17) vgl. dazu auch Würtenberger, Materialien I, S. 94 f.

18) kritisch auch Bockelmann, Materialien I, S. 41

Ablehnung einer Vergeltungsstrafe, die im Metaphysischen begründet ist; sie bringen keine Harmonisierung von Gerechtigkeit und Zweckmäßigkeit. Das Ergebnis ihrer Bemühungen kommt vielmehr den Thesen nahe, die schon v.Liszt hinsichtlich der unbestimmten Sicherungsstrafe vertreten hat¹⁹⁾, wie überhaupt "das unbestimmte Strafurteil die letzte Folgerung aus den spezialpräventiven Entwicklungstendenzen der modernen Kriminalpolitik" darstellt²⁰⁾.

Das wohl deutlichste Kennzeichen, daß das zweispurige System nur eine Notlösung ist, ist der Beschluß der Kommission, nach dem Schweizer Vorbild das sogenannte "vikariierende System" einzuführen (§§ 93,94 Entwurf). Danach kann beim Zusammentreffen von Freiheitsstrafe und freiheitsbeschränkender Maßregel - ausgenommen die Sicherungsverwahrung - die Maßregel zuerst vollstreckt werden, wobei es im Ermessen des Gerichts steht, die Zeit des Vollzugs der Maßregel ganz oder teilweise auf die Dauer der Strafe anzurechnen.

Die Keimzelle dieser Einrichtung ist die Überlegung, daß im Vollzug zwischen sichernden und bessernden Maßnahmen und Freiheitsstrafen - zumindest heutzutage - kein wesentlicher Unterschied gemacht werden kann, ohne daß man die Strafe unmenschlich ausgestaltete.

Es ist nun allerdings die Frage, ob dieser Umstand, der vielleicht nicht von dauernder Natur ist, zu dieser Maßnahme berechtigt. Denn es kann kein Zweifel darüber bestehen, daß die Entscheidung für das Vikarieren von grundsätzlicher Bedeutung ist, wenn sie auch in unscheinbarem Gewande auftritt, vergleichbar etwa mit dem Problem des Neigungs- oder Überzeugungstäters. Eberhard Schmidt hat in der Einleitung zum Entwurf Radbruch vom Vikarieren mit Recht gesagt, daß damit im Ergebnis das erreicht werde, was v.Liszt mit seiner unbestimmten Sicherungsstrafe habe

19) v.Liszt, Aufsätze I, S.339, II, S.70

20) Würtenberger, Materialien I, S.91

erzielen wollen²¹⁾. Im Vikariieren verwirklicht sich der Gedanke Drehers, daß bei der mehrdimensionalen Strafe jede Funktion der Strafe dominant werden können müsse, je nachdem wie es die Resozialisierung des Täters verlangt.

Nun ist aber nicht zu verkennen, daß im Gegensatz zu § 48 Entwurf Radbruch und § 48 Entwurf 1925 der Primat der Schuldvergeltung in § 93, I, 1 Entwurf gewahrt zu sein scheint, da die Strafe nur dann durch die Maßregel ersetzt werden darf, wenn die Schuld des Täters die vorherige Vollstreckung der Strafe nicht erfordert. Trotzdem bleiben die Bedenken gegen das Vikariieren bestehen. Sie gründen in der Gleichsetzung von Freiheitsstrafen und Maßregeln - der Umstand, daß die Sicherungsverwahrung von der Möglichkeit des Vikariierens ausgenommen wurde, hat keine grundsätzliche Bedeutung²²⁾. In der Zulässigkeit des Vikariierens ist die große Gefahr zu sehen, daß die grundsätzliche Trennung von Strafe, die die Schuld des Übeltäters ausgleichen und Maßregel, die der Besserung und Sicherung dienen soll, verloren geht.

Wenn man aber unter Sühne, dem Ausgleich der Schuld, nicht nur Vergeltung, sondern jene aktive Auseinandersetzung des Täters mit Tat und Schuld versteht, so muß der Vollzug der Strafe unter einem völlig anderen Leitbild stehen als die Maßregel²³⁾. Dagegen kann man nicht einwenden, auch der Vollzug der Maßregel enthalte ein Übel; der Täter könne dieses freiwillig auf sich nehmen und Sühne leisten. Das ist gewiß richtig. Will man aber mit der Sühnestrafe Ernst machen, muß der Vollzug darauf ausgerichtet sein, Sühne des Täters zu ermöglichen, wenn anders man sich nicht mit "Zufalltreffern" zufrieden geben will, wie es Eberhard Schmidt in seinem Gutachten geschildert hat²⁴⁾.

21) vgl. Gustav Radbruchs Entwurf, Einleitung, S. XXIII

22) vgl. Begründung des Entwurfs S. 93 r. Sp.

23) vgl. auch Krille, Niederschriften III, S. 197;
Rösch, a.a.O., S. 168

24) Materialien I, S. 13

Man kann zwar Sühne nicht "organisieren"²⁵⁾, aber man muß sich bemühen, die Sühneleistung des Verurteilten zu fördern, den Vollzug sühnefreundlich auszugestalten. Der Sühnegedanke kann deshalb nicht nur ein "ganz im Ideellen liegender Richtpunkt" sein²⁶⁾.

Im Gegensatz dazu steht die Maßregel unter dem Leitbild der Erziehung und Sicherung. Ihr kommt es nicht darauf an, den schuldbeladenen Täter von seiner Last zu befreien; ihr ist wesentlich, dem schuldlos gefährlichen, dem kranken und willensschwachen Täter zu helfen, ihn zu heilen, ihn in die Gemeinschaft zurückzuführen oder endgültig auszugliedern.

Wie kann man nun die Strafe durch die Maßregel ersetzen, den schuldigen Täter einem Vollzug anvertrauen, dem es gar nicht um Sühne geht, ohne die Sühneidee völlig zu verlassen? Aber kann überhaupt davon gesprochen werden, daß die Kommission in ihrer Mehrheit dem Sühnegedanken gefolgt ist? Wohl nicht. Denn sonst wäre die Begründung des Entwurfs²⁷⁾ nicht verständlich, nach der "die Strafe in erster Linie die Straftat sühnen, die Maßregel in erster Linie der Wiedereingliederung des Täters in die Gemeinschaft dienen soll ..." Sühne und Wiedereingliederung sind aber nicht Begriffe, die sich ausschließen oder entgegenstehen. Oder ist Entsühnung, das Ziel aller Sühne, nicht im tiefsten Sinne eine Wiedereingliederung in die Gemeinschaft?

Aber das darf nicht darüber hinwegtäuschen, daß Strafe und Erziehung etwas Grundverschiedenes sind. Bildlich gesprochen muß die Strafe in die Tiefe dringen, um die Schuld des Täters auszugleichen, während Erziehung mit Schuld nichts zu tun zu haben braucht; ja, bei ihr ist es wesentlich, daß ihr ein Mensch gegenübertritt, der

25) Eb.Schmidt, a.a.O., S.11 ff.

26) so aber Eb.Schmidt, a.a.O.S.12

27) S.93 l.Sp.

nicht durch Schuld belastet ist. Eine Erziehung, die über die Schuld des Täters hinweggeht, führt zu einem äußerst fragwürdigen Erfolg, zu einer Art "Krustenbildung", einer "mask of sanity", unter der nicht gelöste Schuldgefühle ihr zerstörendes Dasein fristen²⁸⁾.

In der Entscheidung der Kommission für das Vikariieren kommt zum Ausdruck, daß unter "Sühne" nur Vergeltung gemeint ist und daß diesem Begriff noch die Leere aus der Zeit des Schulenstreits anhaftet, als man glaubte, Hegels Theorie durch bloße Reaktion auf die Tat gerecht zu werden. Das ist auch der Grund dafür, daß die Vergeltungstheorie ständig gegen das Eindringen des Zweckdenkens ankämpfen muß, weil die mehr oder minder formalen Vorstellungen vom "Ausgleich der Schuld" dem nichts entgegenzusetzen haben.

Eine solche Einbruchsstelle ist das Vikariieren. Mit ihr gibt die Kommission, die sich grundsätzlich zur Schuldvergeltung bekannt hatte, zu, daß für eine Anzahl von Fällen Strafe und Maßregel gleichwertig sind. Dies bedeutet nichts anderes, als daß die Ziele der Strafe in diesen Fällen mit den Zwecken der Maßregel identisch sein müssen, weil es nicht gut möglich ist, umgekehrt die Maßregel zur Strafe auszugestalten. Das aber ist die Anerkennung der Zweckstrafe.

Mit Recht hat Eberhard Schmidt darauf hingewiesen, daß sich beim Vikariieren die kriminalpolitisch-präventive Notwendigkeit vor die repressive Strafe schiebe und der Vollzug das vergeltende Strafübel zurückdränge²⁹⁾. Es ist dies ein deutliches Anzeichen, daß die im wesentlichen formal verstandene Vergeltungstheorie nicht in der Lage ist, die strenge Zweispurigkeit auf die Dauer zu halten³⁰⁾, daß

28) vgl. Baan, zitiert nach Jescheck, Menschenbild, S.24

29) ZStW 69, S.392

30) vgl. dazu Frey, ZStW 65, S.25; Württenberger, Materialien I, S.97 f.; Sieverts, a.a.O. S.114

sie aber auch nicht die Kraft hat, die Zweispurigkeit zu überwinden. Im Gegenteil, sie ist - selbst ohne ausreichende Substanz - gezwungen, Anleihen bei der Zweckstrafe zu machen, um kriminalpolitisch erträglich zu sein.

c) Die Strafzumessung¹⁾.

Im Strafgesetzbuch von 1871 ist eine allgemeine Strafzumessungsregel nicht enthalten; die wenigen Bestimmungen, die sich mit der Strafzumessung beschäftigen, nämlich die §§ 20, 20 a, 27 a-c StGB, betreffen nur Einzelfragen und können nicht verallgemeinert werden. Ein besonderes Problem "Strafzumessung" hat es wohl für den damaligen Strafgesetzgeber auch nicht gegeben. Eine Bindung des Richters an bestimmte Bewertungsgrundsätze erschien als unnötig, da über sie Einigkeit herrschte und die richterliche Strafzumessung sich in der Form praktisch eingefahrener Straftaxen vollzog²⁾.

Dieses System der Straftaxen - durch eine, von der Gerechtigkeit ihrer Urteile überzeugten Strafrechtspflege entwickelt - konnte für die damalige Zeit nur gerecht sein. Dies in Zweifel zu ziehen, mußte als Ketzerei gelten. So war es auch, als Franz v. Liszt im Marburger Programm forderte, die Täterpersönlichkeit bei der Straffestsetzung zu berücksichtigen³⁾ und daraus weitgehende Folgerungen für die Strafzumessung ableitete⁴⁾.

Die Forderungen der relativen Strafrechtstheorie bewirkten, daß die ab 1909 vorgelegten Entwürfe eines Strafgesetzbuches sich alle mit dem Problem einer allgemeinen

1) Unter diesem Abschnitt wird nur die Strafzumessung behandelt, nicht auch die Strafbemessung, da die Problematik des gefährlichen Gewohnheitsverbrechers, des Rückfalls und des Neigungstäters im größeren Zusammenhang der "Schuldstrafe" behandelt wurde.

2) vgl. Eb. Schmidt, ZStW 67, 179, ZStW 69, 384; auch Dreher, Gerechte Strafe S. 65 f. unter Berufung auf Exner.

3) v. Liszt, Aufsätze I, S. 175

4) v. Liszt, Aufsätze I, S. 331 ff.

Strafzumessungsregel befaßten⁵⁾. Wenn diese Entwürfe auch nicht Gesetz geworden sind, so hatten sie doch Einfluß auf die Praxis der Gerichte, bei der Strafzumessung das nachzuholen, was der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung der Straftatbestände nicht kann, nämlich die Eigenart des Rechtsbrechers und die besonderen Umstände der Tatbegehung zu berücksichtigen⁶⁾.

Trotzdem liegt die Strafzumessung immer noch im argen; dies um so mehr, als das Gesetz den Richter über die kriminalpolitischen Ziele, die bei der Strafzumessung im Auge zu behalten sind, im ungewissen läßt und es dem Richter oft an einer fundierten kriminologischen Ausbildung fehlt, die erforderlich ist, um die Persönlichkeit des Angeklagten auch nur einigermaßen richtig würdigen zu können. So kann auch die Bestimmung des § 267 III StPO nicht weiterhelfen, obwohl sie wenigstens den Richter dazu zwingt, sich in den Urteilsgründen mit der Strafzumessung auseinanderzusetzen. Hier zeigt nun die Praxis, daß die Strafzumessungsgründe sich in formelhaften Wendungen erschöpfen⁷⁾, die nur verbergen sollen, daß das Strafmaß nach altem Vergeltungsschema, taxmäßig gewonnen wurde⁸⁾. Diese Beobachtung wird bestätigt durch einen Ausdruck, der immer wieder auftaucht, daß nämlich die Strafe "ausgeworfen" werde. Ohne die Bedeutung einer solchen Wendung zu überschätzen, wird man doch sagen können, daß man nach dem Sprachgefühl eine Entscheidung oder ein Erkenntnis nicht auswerfen kann, sondern nur eine Straftaxe, die gleichsam schon vorgegeben ist⁹⁾.

5) vgl. eingehend Mezger, Materialien I, S.3 ff.; auch Eb.Schmidt, a.a.O., S.23 ff.

6) vgl. zum Verhältnis Gesetz und Richteramt Lange, Materialien I, S.85 ff.

7) vgl. dazu Dahs, Niederschriften I, S.39 r.Sp.; Krille, a.a.O.S.40 r.Sp.

8) ebenso Eb.Schmidt, Materialien I, S.27

9) kritisch auch K.S.Bader, JZ 55, S.526 r.Sp.

Es ist deshalb eine große Aufgabe für den heutigen Gesetzgeber, dem Richter eine Strafzumessungsregel zu geben, die es ihm ermöglicht, sich von der Vorstellung überkommener Straftaxen freizumachen. Allerdings soll dabei nicht verkannt werden, daß gerade die Niederlegung einer solchen Regel im Gesetz gewisse Gefahren in sich birgt; besonders wird hier die Befürchtung geäußert, daß manche Richter dazu verleitet würden, in Anlehnung an den Wortlaut des Gesetzes Phrasen ohne jede Bedeutung zu gebrauchen¹⁰⁾. Auch scheint es widersprüchlich, mit der Strafzumessung gerade den Teil des Bestrafungsvorgangs zu normieren, in dem der Richter Ermessensfreiheit haben soll, um das abstrakte Gesetz der Eigenart des Täters anzupassen¹¹⁾. Trotzdem läßt sich eine solche Bestimmung, die nicht abschließend die zu berücksichtigenden Umstände aufzählen darf, sondern eher den Charakter einer Wegweisung haben soll, solange nicht umgehen, bis der Richter dem Einfluß des überkommenen Taxsystems entzogen ist.

Eine Strafzumessungsregel ist auch deswegen nötig, weil die Kommission einstimmig beschloß, die Regelstrafrahmen des Strafgesetzbuchs von 1871, die noch vielfach auf ein Erfolgsstrafrecht eingestellt sind, zu erweitern¹²⁾, um auch die Spezialprävention gebührend berücksichtigen zu können¹³⁾. Auch ist die Auflockerung der Strafrahmen das Gebot eines Strafrechts, das die Strafe nach der Schuld des konkreten Täters individualisieren will¹⁴⁾.

Der Strafzumessungsregel kommt deshalb eine erhebliche Bedeutung zu; sie betrifft eines der "zentralen Probleme" des Strafrechts¹⁵⁾. Das Problem der Strafzumessung ist dementsprechend von jeher unter dem Gesichtspunkt der Vergeltungsstrafe und Zweckstrafe umstritten gewesen.

10) vgl. Baldus, Niederschriften I, S. 38 r. Sp.

11) ebenso Mezger, Materialien I, S. 6

12) vgl. Berichte, ZStW 67, S. 89 ff.

13) vgl. Lange, Niederschriften I, S. 117 f.

14) ebenso Dreher, Niederschriften I, S. 127

15) Hellmuth Mayer, S. 360

Die relative Strafrechtstheorie hat insofern gesiegt, als heute - mit oder ohne Strafzumessungsregel - allgemein anerkannt ist, daß die Strafzumessung ohne Berücksichtigung der Persönlichkeit des Täters ein Unding ist, weil ohne Kenntnis der Täterpersönlichkeit eine Graduierung der Schuld gar nicht möglich ist; "Tat und Täter bilden eine untrennbare Einheit"¹⁶⁾.

Schon der Umstand, daß man sich intensiv mit der Strafzumessung befaßt, zeigt, daß man am alten System der Straftaxen nicht mehr festhalten will. In der Tat ist es das Ziel der Sühneidee wie auch der Vereinigungstheorie, den Menschen in seiner Vielgestaltigkeit in den Mittelpunkt des Strafrechts zu stellen, um der großen Aufgabe des Strafrechts dem Leben gegenüber zu genügen. Wie nun der Wirklichkeit des Menschen entsprochen werden kann, das ist auch hier die Frage. Das Problem berührt sich deshalb mit der Entscheidung der Kommission zu den Strafzwecken und der Rechtfertigung der Strafe.

Aus diesem Grunde wird die allgemeine Strafzumessungsregel des Entwurfs in § 62 in ihrem Inhalt wesentlich von der Grundsatznorm des § 2 Entwurf bestimmt, so daß die Strafe das Maß der Schuld nicht überschreiten darf¹⁷⁾. Eine Schranke für die Auslegung des § 62 Entwurf durch das Schuldprinzip scheint auch notwendig zu sein, da seine Fassung Anlaß zu einem ganz auf Prävention abgestellten Strafrecht sein könnte. Derartige Befürchtungen sind nicht unbegründet. Wie Lange in seinem Gutachten für das Bundesjustizministerium betont, ist der Strafzweck im Augenblick der richterlichen Strafzumessung viel mehr auf Spezialprävention zugespitzt als bei der Normierung der gesetzlichen Tatbestände¹⁸⁾: Bei der Strafzumessung tritt die

16) Maurach, S.665

17) vgl. dazu eingehend Maurach, S.663 ff.

18) Lange, Materialien I, S.87

Einzelpersönlichkeit in den Vordergrund und mit ihr spezialpräventive Tendenzen.

Ganz in dieser Richtung geht die Strafzumessungsregel des Radbruch'schen Entwurfs 1922 (§ 67), die ausschließlich auf die "kriminelle Persönlichkeit des Verbrechers" verweist und nicht einmal die (verschuldeten) Folgen der Tat als erheblich aufführt¹⁹⁾. Diese Vorschrift bewegt sich auf einer rein spezialpräventiven Linie.

So verhält es sich auch mit dem Entwurf 1925, der den § 67 des Entwurfs Radbruch unverändert übernahm. Zwar wird in der Begründung des Entwurfs 1925 darauf hingewiesen, daß der Katalog der maßgeblichen Gesichtspunkte bei der Strafzumessung nicht abschließend sei, doch kämen zu seiner Ergänzung nur Umstände in Betracht, die gleich den aufgeführten einen Schluß auf Gesinnung und Willensrichtung des Täters zuließen²⁰⁾. Auch hier ist also die spezialpräventive Tendenz ganz deutlich.

Diese Entwicklung setzten die Entwürfe 1927 und 1930 (jeweils § 69) nicht fort. Der Wortlaut der Strafzumessungsregel wurde zwar nur unwesentlich geändert, doch geht aus der Begründung des Entwurfs 1927 eindeutig hervor, daß die nicht abschließende Aufzählung der für die Strafzumessung maßgebenden Gesichtspunkte es dem Richter ermöglichen soll, Umstände zu berücksichtigen, die mit der Persönlichkeit des Täters nichts zu tun zu haben brauchen, wie zum Beispiel der Umstand, daß bei Häufung von gleichartigen Straftaten eine Strafschärfung geboten sei, um andere von solchen Straftaten abzuhalten²¹⁾. Der Gedanke der Generalprävention ist hier unverkennbar.

Besonders stark ist der Zug zur Generalprävention in den nationalsozialistischen Entwürfen 1936 und 1938 ausgeprägt,

19) vgl. Gustav Radbruchs Entwurf, Bemerkungen S. 56; dazu Eb. Schmidt, Materialien I, S. 23 f.

20) Materialien III, S. 50 l. Sp.

21) Materialien IV, S. 53 r. Sp.

wo die Strafe so zu bemessen ist, daß sie dem "Schutzbedürfnis des Volkes" entspricht²²⁾.

Der skizzenhafte Überblick über die gesetzgeberischen Versuche der jüngsten Vergangenheit zeigt, daß Inhalt und Bedeutung einer Strafzumessungsvorschrift von der Entscheidung des Gesetzgebers abhängt, zu welchen Strafzwecken er sich bekennt. Da sich der § 62 Entwurf an die Strafzumessungsregel des Entwurfs 1927 anlehnt, kann man ihn auch auf verschiedene Weise interpretieren: Er rückt die Persönlichkeit des Täters in den Vordergrund und kann deshalb spezialpräventiv ausgelegt werden; es können aber auch generalpräventive Gesichtspunkte in den Vordergrund gerückt werden, da der Katalog des § 62 S.2 nicht abschließend ist. Schließlich ist auch die Grundnorm des Entwurfs, § 2, zu beachten. Wie ist nun § 62 auszulegen, nachdem die genannten Strafzwecke mit dem Schuldprinzip grundsätzlich vereinbar sind?²³⁾.

Man wird die Strafzumessungsregel nicht so verstehen dürfen, daß Schuld nur für das "Ob" der Strafe nötig ist, während das "Wie" durch Zweckerfordernisse bestimmt wird. Es ist keine Frage, daß man § 62 Entwurf so auslegen könnte; die Vorgeschichte der Strafzumessungsregel gäbe vielleicht sogar Anlaß dazu. Trotzdem ist § 62 nicht so zu interpretieren. Eine derartige Auslegung verstieße gegen den Grundsatz, keine Strafe über das Maß der Schuld hinaus²⁴⁾.

Nun macht freilich die Aufzählung der verschiedenen Gesichtspunkte in Satz 2 des § 62, wie "Vorleben", "persönliche und wirtschaftliche Verhältnisse", "Verhalten nach der Tat" und "Wiedergutmachung der Tatfolgen" es schwer, hier auch das "Wie" der Strafe nach dem Maß der Schuld, vielleicht einer strengen Tatschuld, zu bestimmen.

22) § 48, I Kab. Entwurf 1938, zit. nach Mezger, Materialien I S.5

23) vgl. § 2 a Entwurf

24) vgl. auch Bockelmann, Materialien I, S.41

Das alles führt aber noch nicht zu einer Preisgabe des Schuldgedankens. Wie Engisch neben Heinitz und Graf zu Dohna gezeigt hat, ist Schuld letztlich immer Charakter²⁵⁾. Dieser Gedanke bringt die Lösung. "Ist es aber immer der Charakter, der die Tat zu verantworten hat, so ist es auch immer berechtigt, die Strafe nach Maßgabe des Charakters zu bemessen". Das "Ob" der Strafe bestimmt sich dann nach denselben Prinzipien wie das "Wie", da "die Tat den Grund der Strafe liefert dadurch, daß sie die in ihr sich darstellende Täterpersönlichkeit mit Schuld belädt, und diese schuldbeladene Persönlichkeit nach Maßgabe der 'Täterschuld' bestraft wird"²⁶⁾. Die Frage der Strafzumessung ist dann die, w a s f ü r e i n C h a r a k t e r sich jeweils in der Tat manifestiert²⁷⁾. Im Sinne dieser Frage hat also der Richter die verschiedenen Gesichtspunkte des § 62 Entwurf zu prüfen.

Damit ist noch nicht entschieden, wie es sich mit der Generalprävention bei der Strafzumessung verhält: Es steht fest, daß jemand schärfer bestraft werden kann, weil die häufige Begehung einer bestimmten Tat in einer Gegend den Vorwurf gegenüber dem Täter steigert. Hier handelt es sich um echte Schuldstrafe, bei der nur die generalpräventive Nebenwirkung besonders deutlich erscheint. Problematisch ist vielmehr, ob die Strafe aus generalpräventiven Gründen über das Maß der Schuld hinaus erhöht werden darf, wie es die Begründung des Entwurfs 1927 zuließ.

Die Kommission hat sich zu dieser konkreten Frage merkwürdigerweise nicht näher ausgesprochen. Man wird es nicht für zulässig halten, die Generalprävention im Einzelurteil zu berücksichtigen. Das ist zwar

25) ZStW 66, S.339 ff., insbes. S.356 ff.

26) Engisch, a.a.O., S.360

27) Engisch, a.a.O., S.359

sehr umstritten, dürfte aber die richtige Ansicht sein, sofern man den Grundsatz der Schuldstrafe ernst nimmt²⁸⁾. Es ist mit dem Schuldprinzip unvereinbar, einen Menschen schärfer zu bestrafen, nur weil es die Abschreckung Gleichgesinnter erfordert, da den einzelnen für die anonyme Masse keine Verantwortung trifft²⁹⁾.

Dieses Ergebnis folgt auch aus § 2 S.2 Entwurf, wo bestimmt ist, daß die Strafe das Maß der Schuld nicht überschreiten darf. Freilich, die auf den ersten Blick klare Lösung wird dadurch in Frage gestellt, als die vielerörterte "Spielraumtheorie" das Maß der Schuld zu einem sehr weiten Begriff werden läßt, innerhalb dessen es sehr gut zu einer übermäßigen Betonung der Generalprävention kommen kann. In Wirklichkeit aber trifft der Vorwurf, daß das "Maß der Schuld" nicht eindeutig bestimmbar sei, auch die Auffassung, die die Spielraumtheorie ablehnt³⁰⁾. Dieses Dilemma kann aber nicht dazu führen, die Präventionsstrafe als einzigen Ausweg anzusehen, da die Ungewißheit über Art und Höhe der Strafe bei der reinen Zweckstrafe hinsichtlich der Erziehungs- und Sicherungsmittel besteht. Im Gegenteil, die Lage bei der Schuldstrafe erscheint hier nicht einmal so ausweglos wie bei der Erziehungsstrafe, weil bei jener der Täter bei der Strafzumessung mitwirken kann, so daß das Schuldmaß von Dritten nicht ganz genau festgestellt zu werden braucht. Auf welche Weise dies geschehen könnte, wird unten erörtert werden.

Auch technisch dürfte es kaum möglich sein, die Generalprävention im einzelnen Urteil mit Aussicht auf Erfolg zu berücksichtigen: Der Richter hat kaum jemals den Überblick über das kriminalpolitische Geschehen, der Voraussetzung für wirksame generalpräventive Maßnahmen ist. Außerdem ist der Kreis derjenigen, die von einem Urteil erfahren, meist klein und völlig zufällig zusammengesetzt, so daß

28) ebenso Eb.Schmidt, Materialien I, S.17 ff.

29) vgl. dazu Eb.Schmidt, Materialien I, S.18

30) vgl. dazu Maurach, S.661; Eb.Schmidt, ZStW 69, S. 372 ff.

man sich in völlig "nebulösen und fiktiven Vorstellungen"³¹⁾ bewegt, wenn man annimmt, durch das einzelne Urteil auf die Allgemeinheit einwirken zu können. Hier trifft der Ausspruch von Kohlrausch zu, daß man sich um die Generalprävention nicht zu kümmern brauche³²⁾. In Wahrheit dürfte eine intensive und erfolgreiche Strafverfolgung die beste generalpräventive Wirkung haben³³⁾.

Der Schuldgedanke war es auch, an dem der rein spezialpräventive Gesetzesvorschlag von Eberhard Schmidt scheiterte³⁴⁾. Eberhard Schmidt hatte nämlich im Anschluß an Kohlrausch vorgeschlagen, Absatz I der künftigen Strafzumessungsregel so zu fassen, daß das Gericht bei der Bemessung der Strafe zu erwägen habe, welche Mittel nötig seien, um den Verurteilten zu einem gesetzmäßigen und geordneten Leben zu führen. Dieser Vorschlag wurde auch von Jescheck³⁵⁾ und Sieverts³⁶⁾ gebilligt.

Man wird allerdings gegen den Vorschlag nicht einwenden können, daß er mit dem Schuldprinzip des § 2 Entwurf völlig unvereinbar sei, da präventive Gesichtspunkte auch im Schuldstrafrecht berücksichtigt werden können. Der Vorwurf, den man gegen Eberhard Schmidts Vorschlag erheben muß, besteht vielmehr darin, daß dieser Spezialpräventives zu spezialpräventiv ausdrückt. Denn man kann nicht übersehen, daß auch in § 62 Satz 2 Entwurf - der Vorschlag des Absatz II durch Eberhard Schmidt hatte grundsätzlich den gleichen Inhalt - spezialpräventive Tendenzen zum Ausdruck kommen, freilich im Rahmen des Schuldprinzips. Das heißt, daß der Richter dort, wo es die Schuld des Täters zuläßt, kriminalpolitischen Gesichtspunkten besondere Aufmerksamkeit widmen soll. Deutet also die Fassung des § 62 Entwurf auf die spezial-

31) Eb.Schmidt, Materialien I, S.18

32) zitiert bei Eb.Schmidt a.a.O.

33) ebenso Heinitz, Materialien I, S.63

34) Eb.Schmidt, Materialien I, S.26 f.

35) Niederschriften I, S.44 l.Sp.

36) Niederschriften III, S.39 l.Sp.

präventive Tendenz hin³⁷⁾, so wäre die besondere Betonung, ja ausschließliche Herausstellung der Spezialprävention in Eberhard Schmidts Vorschlag mißverständlich gewesen. Sie wäre gefährlich, weil geeignet gewesen, die Grundnorm des § 2 Entwurf zu überspielen; der § 62 wäre in diesem Falle stark genug gewesen, sich gegen die allgemeinere Norm durchzusetzen. Dies ist bei der beschlossenen Fassung des § 62 nicht möglich, da es der etwas blasse Satz 1 nötig macht, daß sich § 62 an eine allgemeinere Norm wie die des § 2 anlehnt. Daraus ergibt sich aber, daß einzelne Merkmale des § 62 nicht dazu dienen können, die Strafzumessung unter Verletzung des Schuldprinzips einseitig nach spezialpräventiven Gesichtspunkten auszurichten³⁸⁾.

Das bedeutet, daß die Schranke von § 2 S.2 Entwurf nicht verletzt, das Maß der Schuld nicht überschritten werden darf, während einem Zurückbleiben der Strafe hinter dem Schuldmaß aus präventiven Erwägungen nichts entgegensteht³⁹⁾. Hier zeigt sich, daß die moderne Schuldvergeltung vom Rigorismus der Kant'schen Vergeltungsstrafe weit entfernt ist. Aber auch gegenüber der Vergeltungstheorie Bindings und Birkmeyers ist eine erstaunliche Wandlung eingetreten: Das verpönte Zweckdenken ist eine Verbindung mit der Vergeltungsidee eingegangen, um dem Menschen gerecht zu werden.

d) Die kurzfristige Freiheitsstrafe und ihre Bekämpfung.

Wie Franz v. Liszt die taxartige Strafzumessung der Vergeltungstheorie bekämpft hatte, wandte er sich auch leidenschaftlich gegen das Überhandnehmen der kurzfristigen Freiheitsstrafe. Wenn er in dieser Entwicklung ein An-

37) ebenso Eb. Schmidt, ZStW 69, S. 384, 388

38) ebenso Maurach, S. 664; vgl. auch Mezgers Kritik an Eb. Schmidts Vorschlag, Niederschriften I, S. 34 f.

39) ebenso Gallas, Niederschriften I, S. 41 r. Sp.; Begründung des Entwurfs S. 4 r. Sp.

zeichen sah, daß den Fachkreisen die Kenntnis der einfachsten kriminalistischen Tatsachen fehle¹⁾, so wird man ihm nur zustimmen können. In der Tat scheint es dem heutigen Beobachter seltsam, daß man - bei stetig steigender Zahl der abgeurteilten Straftaten²⁾ - glauben konnte, mit den üblichen Freiheitsstrafen auskommen zu können, die wegen ihrer Kürze weder als Sühne gelten noch präventiv wirken konnten³⁾. Von der kurzfristigen Freiheitsstrafe konnte Franz v. Liszt nicht ohne Berechtigung sagen, "sie schädigt die Rechtsordnung schwerer, als die völlige Straflosigkeit der Verbrecher es zu tun im Stande wäre"⁴⁾; die kleinen Gerichtsgefängnisse waren effektiv zu Brutstätten des Verbrechens geworden, die Gefängnisstrafe "eine Strafe, die das Verbrechen fördert"⁵⁾.

Aber kann man den damaligen Richtern deswegen einen besonderen Vorwurf machen, kann man ihnen, die auf dem Boden der Vergeltungstheorie standen, vorwerfen, daß sie den Zweckgedanken nicht genügend berücksichtigten? Man kann es nicht. Denn es waren ja die neuen Lehren der Naturwissenschaften, die These vom geborenen Verbrecher, die Milieuthetheorie usw., die den ethischen Rigorismus der Vergeltungsstrafe als bedenklich erscheinen ließen und so den Richter zum Strafminimum hintrieben⁶⁾. Es waren das genau die Erkenntnisse der Naturwissenschaft des 19. Jahrhunderts, die Franz v. Liszt zur Grundlage seiner aufsehererregenden Forderungen machte. Wie verschieden waren die Früchte! Franz v. Liszt entwickelte eine relative Strafrechtstheorie, deren Ziel eine möglichst wirksame

1) v. Liszt, Aufsätze I, S. 341

2) vgl. v. Liszt, Aufsätze I, S. 318

3) vgl. v. Liszt, Aufsätze I, S. 342 f.; Im Jahre 1886 war die Gefängnisstrafe mit 64,65 % die weitaus häufigste Straftat; von den zu Gefängnis Verurteilten erhielten 79,91 % eine Strafe von 1 Tag bis 3 Monate und nur 4 % eine Strafe von 1 Jahr und darüber.

4) v. Liszt, Aufsätze I, S. 347

5) v. Liszt, Aufsätze I, S. 353

6) vgl. Eb. Schmidt, ZStW 67, S. 180

Bekämpfung des Verbrechens war; diese sollte durch Erziehung und Sicherung des Verbrechers, also langdauernde Einwirkung auf den Täter geführt werden. Dagegen suchten die Vertreter der klassischen Vergeltungstheorie in ihrer Unsicherheit bei einer Milderung und Verkürzung der Strafen Zuflucht.

Ist es heute noch aktuell, die Abschaffung der kurzen Freiheitsstrafe zu fordern oder hat die Gefängnisstrafe unter sechs Wochen, wie v.Liszt sie bekämpfte⁷⁾, schon so viel an Boden verloren, daß man auch hier von einer "Relativierung" des Gegensatzes Vergeltungsstrafe - Zweckstrafe sprechen kann? Die Geldstrafengesetzgebung und die Einführung der Strafaussetzung zur Bewährung scheinen dafür zu sprechen, daß der Kampf um die kurzfristige Freiheitsstrafe überholt ist. Das trifft aber nicht zu⁸⁾. Allerdings geht es nicht mehr um die Freiheitsstrafe bis zu sechs Wochen. Man hat nämlich inzwischen erkannt, daß die Grenze der "kurzfristigen", das heißt kriminalpolitisch oft schädlichen Strafe bei sechs Monaten, unter Umständen sogar bei neun Monaten oder einem Jahr liegt, da in der Regel mindestens sechs Monate notwendig sind, um im Vollzug auf den Täter erfolgreich einwirken zu können⁹⁾. Das Problem einer so verstandenen "kurzfristigen Freiheitsstrafe" besteht nach wie vor, ja es hat in letzter Zeit durch die zahlreichen Verkehrsdelikte eine besonders große Bedeutung bekommen. Die Tatsache, daß auf 455 537 Verurteilungen des Jahres 1953 im Bundesgebiet 149 936 auf Verkehrsdelikte entfallen¹⁰⁾, zeigt, wie groß die Zahl derjenigen ist, die für eine kurzfristige Strafe in Frage kommt. Damit erweist sich der Menschentyp, für den eine

7) v.Liszt, Aufsätze I, S.382

8) vgl. zur heutigen Situation Sieverts, Niederschriften III, S.94

9) vgl. Herrmann, Niederschriften III, S.73 1.Sp.

10) vgl. Schwalm, Niederschriften I, S.140 f.;
Rösch, a.a.O., S.110

kurzfristige Freiheitsstrafe in Betracht kommt, heute als ein völlig anderer als zu v.Liszts Zeiten¹¹⁾. Daraus ergibt sich, daß die kurzfristige Freiheitsstrafe ein soziales Problem ersten Ranges ist, weil jedermann, auch der sonst Nichtkriminelle, von ihr betroffen werden kann, ganz abgesehen von den Nebenwirkungen der Freiheitsstrafe, die auf unbeteiligte Personen wie Familienangehörige ausstrahlen. Das alles zwang die Kommission, den gesamten Fragenkomplex zu überprüfen.

In der überwiegenden Mehrheit ging die Kommission davon aus, daß die kurzfristige Freiheitsstrafe nicht völlig entbehrt werden könne, weil es Fälle - wie z.B. fahrlässige Tötungen - gebe, bei denen die Vollstreckung der Strafe als Sühne für begangenes Unrecht nötig sei¹²⁾, weil die Rechtsstreue der Allgemeinheit empfindlich geschädigt würde, wenn alle Nichtvorbestraften bei leichteren Taten grundsätzlich nur mehr bedingt verurteilt würden¹³⁾ und weil schließlich die Freiheitsstrafe abschrecke, dem Täter einen Denkmahl gebe¹⁴⁾.

Dagegen wandte sich Eberhard Schmidt gegen jede Beibehaltung der kurzfristigen Freiheitsstrafe, weil er bezweifelte, daß im Vollzug etwas anderes geschehe, als den Gefangenen "brummen" zu lassen. Dann aber sei die Strafe sittlich nicht gerechtfertigt¹⁵⁾.

In der Tat ist die Frage, wie die kurzfristige Freiheitsstrafe sinnvoll vollzogen werden kann, das Kernproblem, und zwar nicht nur für eine Anschauung, die einseitig der Spezialprävention huldigt. Denn es kann auch vom Standpunkt der Vergeltungsstrafe nicht gleichgültig sein, ob die

11) ebenso Berichte, ZStW 66, S. 588

12) vgl. Krille, Niederschriften I, S. 105

13) vgl. Welzel, Niederschriften I, S. 101 r. Sp.

14) vgl. Welzel a.a.O., S. 102 r. Sp.

15) Niederschriften I, S. 107; nicht so schroff ablehnend a.a.O. III, S. 90 und ZStW 69, S. 382

Verbüßung einer Strafe den Verurteilten aus seinem sozialen Lebensbereich herausreißt, ihn der Ansteckung durch andere Übeltäter preisgibt, im übrigen aber eine Sühne nicht zuließe, weil die Gemeinschaftshaft jede Besinnung in ihrem Anfangsstadium erstickte. Eine solche Strafe wäre ungerecht. Sie versündigte sich am Geist der Vergeltung, weil das Maß der Schuld mit den beabsichtigten und nicht beabsichtigten Folgen der Verurteilung nicht in Einklang stünde, ganz abgesehen davon, daß sie eine Sühne nicht ermöglichte.

In der Diskussion um Wesen und Ausgestaltung der kurzfristigen Freiheitsstrafe, der Strafhaft, wurde keine Einigung erzielt; im wesentlichen standen sich zwei Anschauungen gegenüber: Der einen Seite ging es darum, die Strafhaft auf ein sinnvolles Anwendungsgebiet zu beschränken und sie möglichst weit zurückzudrängen. Auf eine nachhaltige Einwirkung auf den Gefangenen wurde bewußt verzichtet. Die Strafhaft sollte den Verurteilten vielmehr zur Einsicht in seine Schuld bringen; sie sollte Besinnungsstrafe sein, während die Gefängnisstrafe den Gefangenen über die Besinnung hinaus dazu führen sollte, nach der gewonnenen Einsicht zu handeln. Für die Gefängnisstrafe als "Resozialisierungsstrafe" war deshalb eine Mindestdauer von sechs Monaten vorgesehen. Da die Strafhaft nur eine Dauer von sechs, gegebenenfalls drei Monaten haben sollte, war eine Überschneidung von Strafhaft und Gefängnisstrafe nicht geplant. Die Mehrheit der Kommission lehnte eine derartige Überschneidung auch deshalb ab, weil sonst zwischen beiden Strafarten nicht vernünftig differenziert werden könnte.

Der anderen Seite ging es hauptsächlich darum, eine nicht entehrende kurze Freiheitsstrafe zu schaffen, die vorwiegend für Fahrlässigkeits- und Augenblickstäter mit geringer Schuld vorbehalten werden sollte. Da die Strafhaft als Privilegierung angesehen wurde, mußten sich Gefängnisstrafe und Strafhaft überschneiden. Dies wurde auch insofern

als Vorteil empfunden, als damit dem Richter eine gewisse Variationsbreite in den Reaktionsmöglichkeiten gewährleistet würde¹⁶⁾.

Obwohl sich die Mehrheit der Kommission gegen diese Lösung aussprach¹⁷⁾, sieht der Entwurf in den §§ 46, 51 eine Überschneidung vor; die Mindestgefängnisstrafe beträgt einen Monat, die Höchstdauer der Strafhaft sechs Monate. Auch sonst hat sich im Entwurf im wesentlichen die zweite Auffassung durchgesetzt: Aus § 53 S.1 Entwurf geht hervor, daß die Strafhaft gegenüber der Gefängnisstrafe eine Privilegierung sein soll, während die erste Auffassung insofern einen Achtungserfolg errungen hat, als § 53 S.2 ihrem Gedanken Rechnung trägt. In den gegenüberstehenden Gruppen erkennt man unschwer die Vertreter einer mehr spezialpräventiv ausgerichteten Strafe einerseits und die der Schuldvergeltung andererseits.

Aus dem Umstand, daß sich die endgültige Fassung des Entwurfs mehr der Gruppe anschließt, die dem Vergeltungsgedanken den Vorzug gibt, folgt, daß das ursprüngliche Ziel der Kommission, die kurzfristige Freiheitsstrafe einzuschränken, nicht erreicht wurde. Denn es ist klar, daß die neue Regelung, die in dem eminent wichtigen Strafbereich von einem bis sechs Monaten¹⁸⁾ zwei Freiheitsstrafen verschieden schweren Unwertcharakters vorsieht, von den Richtern als Ausdruck einer Tendenz angesehen werden wird, die Geldstrafe zugunsten der Freiheitsstrafe zurückzudrängen¹⁹⁾. Auch wird der Richter öfters mit Strafhaft bestrafen, wo er früher nur eine Geldstrafe verhängte, wenn die Gefängnisstrafe nach seiner Wertung zu hart ist. Das alles wird dazu führen, daß die kurzen

16) vgl. dazu Berichte, ZStW 67, S. 77 ff. und ZStW 68, S. 276 ff.

17) vgl. Niederschriften III, S. 104

18) vgl. Schafheutle, Niederschriften I, S. 109 f.

19) in dieser Richtung Voll, Niederschriften I, S. 151

Freiheitsstrafen etwas ansteigen werden²⁰⁾.

Was ist die Ursache, die zu einem Ergebnis geführt hat, das so völlig von den Vorstellungen abweicht, die man sich zu Beginn der Diskussion gemacht hat, als man sich einig war, daß die kurzfristige Freiheitsstrafe zwar nicht entbehrlich, in beschränktem Umfang sogar notwendig, im übrigen aber kriminalpolitisch unerwünscht sei?²¹⁾ Man wird nicht fehlgehen, wenn man den tieferen Grund dafür in den Festhalten an jenem Vergeltungsdenken sieht, das seinerzeit im Schulenstreit jede kriminalpolitische Neuerung als präventiv, als mit der Gerechtigkeitsidee unvereinbar ablehnte. Oder ist es vielleicht abwegig, in der Ansicht, die vorgeschlagene Lücke zwischen der Höchstgrenze der Strafhaft von drei Monaten und der Mindestgrenze der Gefängnisstrafe von sechs Monaten sei für den Richter nicht zumutbar, da er im konkreten Fall differenzieren können müsse, um mit gutem Gewissen entscheiden zu können²²⁾, eine Rückkehr zum alten Vergeltungsschema zu sehen? Es klingt hier doch der Gedanke an, daß einer ganz bestimmten Schuld eine ganz bestimmte Straftaxe entspreche, daß eine fortlaufende Strafenskala bestehe, von der abzuweichen ungerecht wäre²³⁾.

Aber sind die Bedenken, die vom Schuldprinzip gegen die moderne Ausgestaltung vorgetragen werden, nicht zutiefst gerechtfertigt? Deuten nicht Bezeichnungen wie "Denkzettelstrafe", "Aufrüttelungsstrafe", "Besinnungsstrafe" auf eine Überbetonung der Spezialprävention hin? - Diese Einwände sind nicht von der Hand zu weisen. Diese Bezeichnungen lassen in der Tat erkennen, daß eine Differenzierung -

20) ebenso Voll, a.a.O.; Gallas, a.a.O., S.149 r.Sp.

21) vgl. Schwalm, Niederschriften I, S.140; völlig ablehnend z.B. Hall, ZStW 66, S.77

22) vgl. Krille, Niederschriften I, S.110,143; Voll, a.a.O.

23) kritisch auch Eb.Schmidt, Niederschriften III, S.90 f.

dem Gefängnis gegenüber - geschaffen werden soll, die primär nicht an der Bedeutung der Tat - es kommt natürlich nur eine bestimmte Kategorie von Straftaten in Betracht -, sondern an der kriminologischen Einordnung des Täters orientiert ist. Ist das aber nicht nackte Prävention? Man wird die Strafhaft, wie sie ursprünglich der Kommission vorschwebte, nicht als bloße Zweckstrafe auffassen dürfen. Im Gegenteil! Die kurzfristige Strafhaft ermöglicht eine intensive individualpräventive Arbeit an dem Gefangenen gerade nicht; das Wesentliche, was mit ihr erreicht werden kann, ist vielmehr echte Sühne, Einkehr, Besinnung auf Tat und Schuld. Dazu ist die kurzfristige Strafhaft, die grundsätzlich in Einzelhaft zu vollstrecken ist, besonders geeignet²⁴⁾, ja sie ist in dieser Hinsicht sogar der langfristigen Freiheitsstrafe überlegen, weil sie den Verurteilten schockartig auf die Tat zurückwirft und nicht die Gefahr in sich trägt, daß das Sühnerlebnis in einem länger dauernden Anstaltsaufenthalt untergeht²⁵⁾.

Demgegenüber hat die Gefängnisstrafe nach Sieverts²⁶⁾ eine andere Ordnungsaufgabe: Sie soll den Gefangenen nicht nur zur Einsicht in seine Schuld bringen, sondern ihm darüber hinaus noch zeigen, wie er diese Einsicht tatsächlich in seinem Verhalten verwirklichen kann. Diese Charakterisierung der Gefängnisstrafe in erster Linie als Resozialisierungsstrafe wird durch § 53 S.2 Entwurf noch unterstrichen, wonach auf Strafhaft nicht erkannt werden darf, wenn der Täter gegenüber der Versuchung anfällig ist, Straftaten zu begehen. Diese Regelung des "Neigungstäters" dürfte aber das Schuldprinzip bereits verlassen haben, weil nach ihr die Strafe auch dazu dienen soll, auf den Menschen über den Schuldausgleich hinaus einzuwirken.

24) ebenso Welzel, Niederschriften I, S.104 r.Sp.

25) zur Frage des Vollzugs der Strafhaft vgl. Sieverts, Niederschriften III, S.46,75; Herrmann, a.a.O., S.67 l.Sp.; vgl. auch Leopold, a.a.O., S.138

26) a.a.O., S.82

Im Gegensatz dazu ist die Strafhaft, wie sie vorgeschlagen worden war, vom Schuldprinzip aus gerecht u n d kriminalpolitisch zweckmäßig; man kann gegen sie auch nicht einwenden, sie verewige die kurzfristige Freiheitsstrafe unter einer neuen Etikette, weil sie die bekannten und entscheidenden Mängel der kurzfristigen Freiheitsstrafe alten Stils wie die Gefahr der Ansteckung im Vollzug durch Einzelhaft verhindern will und nur dann verhängt werden soll, wenn andere Strafen eine Sühne des Täters nicht mehr gewährleisten²⁷⁾.

Aber hier steigen Bedenken auf: Begreift man Sühne nicht als formale Vergeltung, sondern als freiwilliges Aufnehmen der Strafe durch den Täter, so scheint es zweifelhaft, ob es wirklich leichtere Straftaten gibt, bei denen ein Ausgleich der Schuld nur durch Verbüßung einer Freiheitsstrafe gewährleistet ist. Denn für die Sühne, den autonomen sittlichen Akt, kann es weniger auf die Äußerlichkeit der Strafe ankommen. Es müßte in derartigen Fällen auch eine andere Strafart, gegebenenfalls eine Geldstrafe genügen. Ist es nicht wieder die Vergeltungsstrafe Bindings und Birkmeyers, die hier unbedingt eine Freiheitsstrafe fordert?

In der Tat hat man seit dem Schulenstreit - wenn auch aus verschiedenen Gründen - dafür gekämpft, die kurzfristige Freiheitsstrafe durch die G e l d s t r a f e zu ersetzen²⁸⁾. Auch die Kommission befaßte sich ausführlich mit dem Problem der Geldstrafe. Ihre Ausgestaltung in den §§ 56 ff. Entwurf ist in Hinblick auf die Bekämpfung der kurzfristigen Freiheitsstrafe zu begrüßen. Der § 58 bringt gegenüber der farblosen Fassung des § 27 b StGB, daß eine Ersatzgeldstrafe angeordnet werden könne, "wenn der Strafzweck durch eine Geldstrafe erreicht werden kann",

27) Sieverts, a.a.O. S.46 l.Sp.

28) vgl. v.Liszt, Aufsätze I, S.351, 406 ff.; dagegen neuerdings Voll, Niederschriften I, S.151

eine wesentliche Verbesserung, da er deutlich zum Ausdruck bringt, daß auf die volle Ausschöpfung des Schuldgehalts durch die Freiheitsstrafe verzichtet werden kann²⁹⁾. Im übrigen scheint das skandinavische Tagesbußensystem, das neu eingeführt wird, geeignet zu sein, die große Zahl der Ersatzfreiheitsstrafen (§ 61) - in Bayern waren es im Jahre 1952 immerhin 6400³⁰⁾ - wesentlich herabzudrücken. So konnte nach einem Bericht des Bundesjustizministeriums³¹⁾ in Schweden mit Hilfe des Tagesbußensystems die Zahl der Ersatzfreiheitsstrafen von 13 358 im Jahre 1932 auf 313 im Jahre 1944 vermindert werden.

Trotz der großzügigen Ausgestaltung der Geldstrafe im Entwurf ist das Dogma vom absoluten Vorrang der Freiheitsstrafen noch lange nicht überwunden, obwohl doch eine Vergeltungstheorie, die eine echte Sühneleistung beim Täter anstrebt, sich bemühen müßte, den Verurteilten durch die Strafe nicht unnötig hart zu treffen. Aber der Gedanke der echten Sühne ist bei weitem noch nicht überall durchgedrungen, ja er kämpft noch um seine grundsätzliche Anerkennung im Strafrecht. Aber davon abgesehen, die Geldstrafe ist nicht die Strafart, an Hand derer man die Vorzüge einer Strafe, die echte Sühne erstrebt und auch erreicht, demonstrieren könnte. Dazu erfaßt sie den Verurteilten viel zu wenig in seiner Persönlichkeit. Die Geldstrafe trägt vielmehr die Gefahr in sich, eine Art Schuldentilgung zu sein, eine Art rechnerische Ausgleichung der Tat, wie sonst bürgerlichrechtliche Schulden beglichen werden. Sie erfaßt den Täter - vom Unwerturteil des Strafausspruchs abgesehen - vorzüglich in seiner wirtschaftlichen Sphäre. Nun besteht kein Zweifel, daß der Täter auch über seine wirtschaftliche Existenz in seinem Personsein angerufen werden kann, doch ist ein solcher Anruf ganz anderen

29) ebenso Gallas, Niederschriften IV, S.246; Begründung des Entwurfs, S.60 l.Sp.

30) vgl. Rösch, Niederschriften I, S.152.

31) Schwalm, Niederschriften I, S.162 r.Sp.

Hindernissen ausgesetzt wie der über die elementare Freiheitsentziehung, wo der Täter, aus dem Lebenszusammenhang herausgerissen, auf sich zurückgeworfen wird. Hier liegt die große Aufgabe des Tagesbußensystems. Ob es allerdings auf diese Weise gelingen wird, die Geldstrafe ihres vorwiegend ökonomischen Charakters zu entkleiden, muß abgewartet werden.

Dagegen kann man der b e d i n g t e n V e r u r t e i l u n g den Vorwurf, sie gehe an der Persönlichkeit des Verurteilten vorbei, gewiß nicht machen. Sie ist gerade ein Anruf der Persönlichkeit des Täters, indem sie dem Täter bei größt möglicher Freiheit die Gelegenheit gibt, sich im Lebenskampf zu bewähren und die Schuld zu tilgen. So meidet die bedingte Verurteilung die nachteiligen Folgen einer Einsperrung ebenso wie das Unpersönliche der Geldstrafe. Sie ist deshalb die große Hoffnung und Forderung der Reformbewegung im Kampf gegen die kurzfristige Freiheitsstrafe³²⁾.

Dementsprechend hat sich die Strafrechtskommission mit dem Problem der bedingten Verurteilung eingehend beschäftigt³³⁾. Mit Recht ging die Kommission davon aus, daß die Ansicht, die bedingte Verurteilung sei ein Gnadeninstitut, überholt sei³⁴⁾; die bedingte Verurteilung ist, wie schon die 1953 eingeführte Strafaussetzung zur Bewährung, ein Institut des materiellen Rechts.

Geschichtlich haben sich zwei Grundformen der bedingten Verurteilung herausgebildet, der belgisch-französische s u r s i s und die angelsächsische p r o b a t i o n. Beide Arten gehen auf verschiedene ideelle Wurzeln zurück³⁵⁾. Der sursis entstammt dem Ideenkreis des klassischen Vergel-

32) vgl. schon v. Liszt, Aufsätze I, S. 351, 360 ff.

33) vgl. Berichte, ZStW 66, S. 584 ff.; 67, S. 79 ff.; 68, S. 262 ff.

34) vgl. Lackner, Niederschriften I, S. 185 l. Sp.

35) vgl. dazu Welzel, Niederschriften I, S. 103 l. Sp. in Anschluß an Grünhut.

tungsstrafrechts, wenn er auch übertriebene Folgerungen daraus ablehnt. Er enthält eine Art verstärkte Verwarnung; die mit dem Schuldspruch festgesetzte Strafe wird zur Bewährung - wie in den §§ 23 ff. StGB - ausgesetzt. Dagegen kommt die probation aus dem Bereich des Jugendstrafrechts und ist in ihrem Kern Präventionsmaßnahme. Bei ihr erfolgt zunächst nur ein Schuldspruch, während die Strafe erst festgesetzt wird, wenn sich der Täter in der Probezeit nicht bewährt hat³⁶⁾. Da nun eine derartige nachträgliche - vielleicht ein bis zwei Jahre nach der Tat - Festsetzung der Strafe mit dem deutschen Rechtsdenken, vor allem mit dem Gedanken der Rechtssicherheit und dem der Tatschuld kaum vereinbar scheint, hat der Entwurf Gürtner eine Variation der probation vorgesehen, die Verwarnung mit Strafvorbehalt. Bei ihr wird die Strafe mit dem Schuldspruch festgesetzt, aber erst verhängt, wenn der Täter sich nicht bewährt.

Da die Kommission entschlossen war, die bedingte Verurteilung beizubehalten, mußte sie sich entscheiden; für das Erwachsenenstrafrecht kamen die Strafaussetzung zur Bewährung und die Verwarnung mit Strafvorbehalt in Frage. Obwohl beide Systeme verwandt sind, führen sie zu Unterschieden in der Behandlung der Verurteilten, die nicht übersehen werden können. So hat die Strafaussetzung zur Bewährung eine stärkere generalpräventive Wirkung als die Verwarnung mit Strafvorbehalt, weil die Strafe unbedingt ausgesprochen wird, während die Verwarnung mit Strafvorbehalt der Resozialisierung des Täters günstiger ist, weil sie ihn unbestraft läßt. Dies kommt auch im Strafregister zum Ausdruck: bei der Verwarnung mit Strafvorbehalt kann keine Strafe, sondern nur eine Verwarnung eingetragen werden³⁷⁾.

Die verschiedenen Wirkungen ließen es als angebracht erscheinen, beide Systeme miteinander zu koppeln. Das

36) vgl. §§ 27-30JGG

37) vgl.dazu Lackner, Niederschriften I,S.185 ff.

Bundesjustizministerium schlug deshalb vor, die Strafaussetzung zur Bewährung für schwerere, die Verwarnung mit Strafvorbehalt für leichtere Taten vorzusehen³⁸⁾. Demgegenüber wurde die Ansicht vertreten, daß die Verwarnung mit Strafvorbehalt mit Auflagen als Sühnemittel für Gelegenheitstäter und die Strafaussetzung zur Bewährung für angehende **Hangtäter** vorzusehen sei, weil hier resozialisierende Maßnahmen, gegebenenfalls Schutzaufsicht, nötig seien³⁹⁾.

Schließlich wurde es abgelehnt, die bedingte Verurteilung allein auf die Verwarnung mit Strafvorbehalt zu stützen, weil die Institution nicht den Anforderungen eines Schuldstrafrechts entspreche⁴⁰⁾. Auch von einer Koppelung der beiden Arten von bedingter Verurteilung wurde abgesehen, weil damit eine wohl nicht tragbare Komplizierung des Strafsystems eingetreten wäre; es blieb deshalb grundsätzlich bei der Regelung der §§ 23 ff. StGB, bei der Strafaussetzung zur Bewährung; der Entwurf trägt der Erkenntnis, daß die bedingte Verurteilung für verschiedene Tätergruppen in Frage kommt, aber insofern Rechnung, als die für die Bewährungszeit anzuordnenden Belastungen für den Verurteilten in Auflagen (§ 77 Entwurf) und Weisungen (§ 78 Entwurf) getrennt werden. Die Auflagen sind sühnenden Charakters, während die Weisungen spezialpräventiv zu verstehen sind.

Man wird allerdings die Entscheidung gegen das Probation - System nicht als Votum für ein Strafrecht werten können, das sich neu gewonnenen Erkenntnissen verschließt, das gar zu einem Vergeltungsstrafrecht alten Stils zurückkehren will. Denn man darf nicht vergessen, daß die Strafaussetzung zur Bewährung, auch wenn sie dem klassischen Vergel-

38) Lackner, a.a.O., S.186 r.Sp.

40) So Gallas, Niederschriften I, S.198 f.; Begründung des Entwurfs, S.75 l.Sp.

39) vgl. Welzel, Niederschriften I, S.195 r.Sp.; Krille, a.a.O., S.196

tungsstrafrecht entstammt, Ausdruck spezialpräventiver Bestrebungen ist. Hier darf auch nicht irre machen, daß man im Zusammenhang mit den Auflagen von "Genugtuung für das begangene Unrecht"⁴¹⁾ oder von "Sühnefunktion" und dergleichen spricht⁴²⁾. Denn ist Sühne nicht in jenem tiefen Sinn gemeint, wie er oben in Anschluß an Nohl und Eberhard Schmidt dargelegt wurde? Ist der Schuldspruch hier nicht Anruf an den gefallen Menschen, daß er in einem autonomen sittlichen Akt die Tat negiere, bei sich in der verwerflichen Gesinnung, bei anderen im Versuch, die äußeren Folgen zu beseitigen? Ist nicht die Auflage der Wegweiser?

Wer auf dem Boden der klassischen Vergeltungstheorie steht, wie sie im Schulenstreit vertreten wurde, wird die Strafaussetzung zur Bewährung nicht begreifen können; er wird sie als Prävention abtun. Aber sie ist viel mehr. Der tiefere Sinn der bedingten Verurteilung liegt darin, dem Täter die Versöhnung des verletzten Rechts durch aktive Leistung zu ermöglichen⁴³⁾. Es ist Hegels Gedanke von der Strafe als Negation der Negation des Rechts, der hier seine Tragfähigkeit erweist. Freilich wird er dabei nicht so formalistisch ausgelegt wie ehemals, als die übliche Interpretation zu dem tiefen Mißverständnis führte, daß man ernsthaft glaubte, die Übeltat dadurch auslöschen zu können, daß man den Verbrecher ins Gefängnis wirft und es dabei sein Bewenden habe. Die Tat in ihrem Unrechtsgehalt zu negieren, vermag aber letztlich nur ihr Urheber. Deshalb mußte es das Anliegen einer Reformkommission sein, die sich zu Hegel bekennt, den Täter vom Objekt des Bestrafungsvorgangs, das passiv die staatlichen Sanktionen über sich ergehen läßt, weil es keinen Widerstand leisten kann, zum Subjekt zu machen, das die Strafe in einer au-

41) Begründung des Entwurfs, S.76 l.Sp.

42) vgl. Jescheck, Niederschriften I, S.196 f.;
Baldus, a.a.O., S.195

43) ebenso Welzel, Niederschriften I, S.104 l.Sp.;
Kohlrausch-Lange, Vorbem. IV 2 b vor § 13

tonomen sittlichen Entscheidung bejaht, ja nach ihr verlangt. Dann kann man davon sprechen, daß der Verbrecher als Vernünftiges geehrt wird, daß die Strafe sein Recht ist.

Wie kann nun der Verbrecher seine Tat besser in den Wurzeln ausreißen als durch eine gute Tat, die er vollbringt, durch ein "bonum actionis"⁴⁴⁾. In der guten Tat erweist sich die innere Umkehr des Täters, in ihr findet er seine sittliche Freiheit wieder und die Versöhnung seiner Mitmenschen. Hier gilt Dreher's Wort, daß "bei uns keine Strafe mehr entschönt"⁴⁵⁾, nur mehr bedingt. Vielleicht setzt bei der bedingten Verurteilung eine Entwicklung ein, die einmal dazu führen wird, daß dieses Wort nurmehr eine historische Situation bezeichnet.

Die Strafrechtskommission hat ihre Beschlüsse nicht etwa unberührt von den soeben dargelegten Gedanken gefaßt, so daß ihr nicht etwas unterschoben wird, wenn man in der Ausgestaltung der Strafaussetzung zur Bewährung eine Hinwendung zu einer Strafauffassung erkennt, die echte Sühne anstrebt. Dies zeigt sich nicht nur im Ausspruch Welzels, der bereits zitiert wurde, sondern besonders auch darin, daß der Entwurf in § 77 III vorsieht, daß der Verurteilte von sich aus Sühneleistungen anbieten darf und daß das Gericht an diese Vorschläge gebunden ist, wenn zu erwarten ist, daß das Anerbieten erfüllt wird. Hier ist der Verurteilte nicht mehr bloßes Objekt des Bestrafungsvorganges, sondern autonome Persönlichkeit. Der grundlegende Wandel in den Anschauungen wurde auch erkannt⁴⁶⁾; allerdings lassen die §§ 74, 75 I Entwurf auch eine rein spezialpräventive Deutung zu.

44) vgl. auch del Vecchio, S. 183; der Gedanke, auf den neuerdings Jescheck, Menschenbild, S. 10, hinweist, findet sich schon bei Stock, S. 17

45) Dreher, Gerechte Strafe, S. 24

46) besonders deutlich Lackner, Niederschriften III, S. 123 r. Sp.; Baldus, a. a. O. I S. 195; Eb. Schmidt, a. a. O. I, S. 196; mehr die spezialpräventiven Auswirkungen betonend Sieverts, a. a. O. III, S. 48 l. Sp. und Lange a. a. O. III, S. 128 l. Sp.

Die geschilderte Ausgestaltung der Strafaussetzung zur Bewährung, letztlich ein Bekenntnis zu einer tiefer verstandenen Vergeltungsstrafe im Sinne Hegels, wiegt schwerer als die allgemeine, für manche doch nur unverbindliche Entscheidung für Hegel in der Grundsatzdebatte.

Ähnlich kann man die Aussetzung des Strafrestes zur Bewährung in § 83 des Entwurfs verstehen⁴⁷⁾. Auch die bedingte Entlassung erhält durch die Vorstellung, daß der Verurteilte durch aktives Tun seine Tat sühnen solle, ihre tiefere Bedeutung, die sie über bloße Spezialprävention hinaushebt. Allerdings ist die Lage hier etwas anders als bei der Strafaussetzung zur Bewährung. Während dort das Maß der Schuld, das Sühnebedürfnis des Täters eine Einsperrung gar nicht erforderte (§ 75 I Entwurf), ist für die bedingte Entlassung Voraussetzung, daß das Maß der Schuld die Einsperrung notwendig machte, sei es, weil das Sühnebedürfnis des Täters es verlangt, sei es, um dem Gefangenen die Möglichkeit der Einkehr, die Einsicht in die Schuld zu geben und damit das Sühnebedürfnis zu erwecken.

Da Sühne - wie sie hier verstanden wird - nicht automatisch mit Verbüßung einer gewissen Freiheitsstrafe eintritt, sondern autonomer Akt der freien Persönlichkeit ist, kann das Sühneerlebnis bei dem einen Täter früher einsetzen als bei anderen, nicht zuletzt durch intensive Auseinandersetzung mit der Tat. Auch kann das Sühnebedürfnis des Gefangenen gerade dahin gehen, durch aktives Tun außerhalb der Anstalt Genugtuung zu leisten, nachdem er einen Teil der Freiheitsstrafe verbüßt hat. Auch hier hat der Gedanke des "bonum actionis" seine Gültigkeit.

Diese Sinngebung des § 83 Entwurf trifft allerdings nicht den Standpunkt der Kommission. Denn es ist nicht zu ver-

47) Obwohl sie nicht der Bekämpfung der kurzfristigen Freiheitsstrafe dient, darf sie wegen des engen Zusammenhanges mit der Strafaussetzung zur Bewährung hier behandelt werden.

kennen, daß die Aussetzung des Strafrestes zur Bewährung rein spezialpräventiv gedacht ist⁴⁸⁾. Dies geht schon aus § 83 IV hervor, wo zwar auf den § 78, der die spezialpräventiven Weisungen zuläßt, nicht aber auf § 77 verwiesen wird, der die Rechtsgrundlage für die sühnenden Auflagen und das Initiativrecht des Verurteilten enthält. Auch die Voraussetzung für die bedingte Entlassung, daß zwei Drittel der Strafe verbüßt sein müssen, hat nur dann einen Sinn, wenn man in ihr eine spezialpräventive Maßnahme sieht, gegenüber der das Gewicht der Strafe gewahrt bleiben muß⁴⁹⁾. Wenn man vom Sühnegedanken ausginge, dürfte man auch nicht an der starren Zwei-Drittel-Grenze festhalten. Daß der Entwurf am Erfordernis der Zustimmung des Verurteilten festhält, ist nur auf Gründe der Zweckmäßigkeit zurückzuführen⁵⁰⁾, nicht aber darauf, weil der Entscheidung des Gefangenen darüber, ob die Entlassung seinem Sühnebedürfnis entspricht, eine Bedeutung zukommt⁵¹⁾. Schließlich ist der Umstand, daß die bedingte Entlassung von einer günstigen Prognose abhängt⁵²⁾, ein typisches Kennzeichen eines in die Zukunft weisenden Präventionsdenkens.

Sowohl die Strafaussetzung zur Bewährung, als auch die Aussetzung des Strafrestes zur Bewährung entstammen dem Zweckdenken, das einstmals auf diese Weise dem starren und unfruchtbaren Vergeltungsstrafrecht entgegengetreten ist. Doch welche verschiedene Sinngebung für beide Institute! Während die Aussetzung des Strafrestes zur Bewährung von der Kommission noch rein spezialpräventiv

48) vgl. Begründung des Entwurfs S.81 l.Sp.: Rechtfertigung der vorzeitigen Entlassung ist der "Besserungszweck".

49) so Jescheck, Menschenbild, S.39

50) vgl. Begründung des Entwurfs, S.81 r.Sp.

51) vgl. aber Krille, Niederschriften I, S.204 r.Sp.; Skott, a.a.O. 208 und Voll, a.a.O. S.208

52) vgl. Jescheck, Niederschriften III, S.149 l.Sp.; Leopold, a.a.O. S.149; Begründung d. Entwurfs S.81 r.Sp.

aufgefaßt wurde, zeigt die Ausgestaltung der Strafaussetzung zur Bewährung schon deutliche Merkmale eines Sinnwandels in der Erklärung der Institution, nämlich eine Hinneigung zur Sühnestrafe. Und trotzdem, das ist das Erstaunliche, die Einrichtung wurde dadurch nicht im geringsten in ihrer kriminalpolitischen Zweckmäßigkeit beeinträchtigt. Ist das nicht ein Beweis dafür, daß die Beobachtung Langes, daß Institute, die ursprünglich rein spezialpräventiv gedacht waren, in das Wertgefüge des Schuldstrafrechts eingeordnet werden⁵³⁾, richtig ist? Kann man deshalb noch mit Nowakowski sagen, daß sich in "stiller Selbstverständlichkeit" ein Entwicklungsprozeß vollziehe, dessen Ergebnis es sein werde, daß das, "was sich als Vergeltung ausgibt, in Wahrheit zur spezialpräventiven Maßnahme geworden ist"?⁵⁴⁾ Oder ist nicht vielmehr richtig, daß die "Revolutionierung der Straftheorie", der "wiedererstarkende Sühnegedanke"⁵⁵⁾ zurückführt zu einem vertieften Vergeltungsstrafrecht, das, weil es die ganze Wirklichkeit des Menschen umfaßt, in einem höheren Sinne nicht mehr unzweckmäßig sein könnte? Wird hier nicht die Feststellung Welzels, daß kein Gegensatz zwischen Schuldvergeltung und Kriminalpolitik bestehe⁵⁶⁾, oder die Jeschecks bestätigt, " die richtig verstandene Schuldstrafe kann niemals so gestaltet sein, daß sie angesichts der Eigenart der Täterpersönlichkeit sinnlos oder gar schädlich wirken müßte - sonst wäre sie keine Schuldstrafe"?⁵⁷⁾ Wenn man dies bejahen könnte, erwiese sich das v.Liszt'sche Zweckdenken nur als Umweg - freilich als notwendiger Umweg - zu dem, was wir Gerechtigkeit nennen.

53) Lange, SchwZSt 70, S.393

54) Nowakowski, S.84 f.

55) Engisch, ZStW 66, S.361

56) Niederschriften III, S.80

57) Radius, S.17 r.Sp.

e) Die Zuchthausstrafe und die Ehrenstrafen

Die Frage, ob die Zuchthausstrafe beibehalten werden oder in einer Einheitsstrafe aufgehen sollte, erwies sich als markanter Prüfstein für die Grundeinstellung der Kommission. Sollte zur Entscheidung für die Schuldvergeltung gestanden werden, so mußte die Zuchthausstrafe in den neuen Entwurf übernommen werden, während die Einführung der Einheitsstrafe doch ein Bekenntnis zur Spezialprävention darstellte. So wenigstens glaubte die Mehrheit der Kommission die Problemlage sehen zu müssen.

Es ist der Kommission nicht leicht gefallen, sich für die eine oder andere Lösung zu entscheiden. In der Tat lassen sich für die verschiedenen Standpunkte gewichtige Argumente anführen. Für die Gruppe, die sich für die Abschaffung der Zuchthausstrafe einsetzte, war besonders charakteristisch, daß sie ihre Argumente aus dem Blickwinkel des Vollzugs gewann. Auch die Nachwirkungen der Zuchthausstrafe fanden ihre Aufmerksamkeit. Daraus geht schon hervor, daß es im wesentlichen spezialpräventive Gesichtspunkte waren, die ihre Stellungnahme beeinflussten, obwohl seinerzeit Franz v. Liszt gegen die Zuchthausstrafe nichts einzuwenden hatte¹⁾. Für sie stellt sich zuerst die Frage, ob sich Zuchthaus- und Gefängnisstrafe im Vollzug überhaupt unterscheiden lassen. Dies wird mit Recht verneint. Beide sind Freiheitsstrafen von größerer Dauer, also grundsätzlich gleichwertig. Gewisse Unterscheidungen ließen sich durchführen; so wurde einst vorgeschlagen, die tägliche Arbeitszeit der Zuchthausgefangenen gegenüber den Gefängnisinsassen um eine Stunde zu verlängern, ihnen das Rauchen nicht zu erlauben und den Briefverkehr mit der Außenwelt einzuschränken²⁾. Aber diese Vorschläge zeigen wohl selbst, daß derartige - mehr oder minder gewaltsamen- Unterschiede undurchführbar sind: Man kann die

1) vgl. v. Liszt, Aufsätze I, S. 399

2) vgl. Heinitz, Materialien I, S. 60 f.

Arbeit nach heutiger Auffassung nicht mehr als Strafe auffassen; sie ist eines der höchsten Güter. Die anderen Vorschläge sind ebenfalls undiskutabel, wenn man davon ausgeht, daß dem Zuchthausgefangenen nicht ein höheres Maß von Leiden zugefügt werden soll als es die Freiheitsentziehung schon mit sich bringt, und daß es darum geht, den Gefangenen wieder zum vollwertigen Mitglied der Gesellschaft zu machen. Um dies zu erreichen, darf im Vollzug nicht mehr nach der begangenen Tat differenziert werden, sondern nach der Persönlichkeit des Täters³⁾. Es ist aber gerade ein Merkmal der Zuchthausstrafe, daß sie den Gefangenen nach Tatgesichtspunkten "vorsortiert"⁴⁾.

Aber selbst wenn es gelänge, den Vollzug der Zuchthausstrafe auf das Ziel der Resozialisierung des Täters auszurichten, seine Wiedereingliederung in die Gesellschaft scheiterte an der tatsächlichen Ehrenminderung, der der "Zuchthäusler" ausgesetzt ist. Er stößt in der Öffentlichkeit auf ein tief eingewurzeltcs Mißtrauen, das dem "brutalen und gemeinen Verbrecher" die Türen verschließt. Hier zeigt sich, daß der Begriff der Resozialisierung über bloße "Besserung" des Täters hinausgeht. Will man der pharisäerhaften Mißachtung, die der aus dem Zuchthaus Entlassene durch die Gemeinschaft erfährt, entgegentreten, so muß man die brandmarkende Strafe ganz abschaffen, zumal zu bedenken ist, daß auch der "Zuchthäusler" einmal in die Freiheit zurückkehren und den Kampf ums Dasein "in Anständigkeit und Redlichkeit" führen muß⁵⁾.

Demgegenüber kann man nicht geltend machen, daß dann, wenn es keine Zuchthausstrafe mehr gäbe, eben nach der Dauer der Gefängnisstrafe gefragt werde und daß bei entsprechender Höhe die Öffentlichkeit genau so reagieren

3) vgl. Heinitz, a.a.O., S. 61

4) Jescheck, Niederschriften I, S. 83 l. Sp.

5) vgl. Eb. Schmidt, ZStW 69, S. 381 Anm. 52

würde wie bei der Zuchthausstrafe⁶⁾. Diese Ansicht erkennt, daß das Abwehrschema des Durchschnittsbürgers gerade auf das Wort "Zuchthaus" reagiert. Daraus ergibt sich ja jene Automatik, die so gefährlich ist, weil sie das Denken ersetzt. Mit dem Zerstören eines derartigen Schemas ist schon deshalb viel gewonnen, weil es zwingt zu denken.

Aber würde man nicht der Volksanschauung ins Gesicht schlagen, die doch offenbar von Notwendigkeit der Zuchthausstrafe ausgeht⁷⁾? Und muß nicht ein Strafgesetzbuch an so entscheidender Stelle "von den starken Wurzeln sittlichen Volksbewußtseins" getragen sein⁸⁾? Es ist sicher, daß ein Strafrecht, will es kraftvoll sein, nicht volksfern sein darf. Aber es ist doch sehr zweifelhaft, ob das allgemeine Volksbewußtsein heute wirklich mehr fordert als ein Strafrecht, das auf dem Schuldprinzip aufbaut⁹⁾.

Im übrigen scheint es bedenklich zu sein, eine sittliche Entscheidung von der Zustimmung des Volksbewußtseins abhängig zu machen. Es ist gewiß, daß das Volksbewußtsein bahnbrechenden ethischen Entscheidungen nicht sofort zu folgen vermag, weil es seiner Natur nach schwerfällig ist; sein Nährboden ist die Tradition. So hat Kraepelin darauf hingewiesen, daß "Folter und Hexenprozesse einstmals dem Rechtsbewußtsein des Volkes entsprachen"¹⁰⁾. Sollte es nicht eine vornehme Aufgabe des Staates sein, richtungsweisend voranzugehen? Oder wäre hierfür nicht der Weg frei, wenn das alte Schema

6) Baldus, Niederschriften I, S.92

7) vgl. dazu Jescheck, Niederschriften I, S.82 r.Sp.; Schafheutle, a.a.O. III, S.78 l.Sp.

8) Kahl, zitiert nach Heinitz, Materialien I, S.61 f.

9) vgl. zum Scheitern des sowjetischen Strafgesetzbuches von 1926 Maurach S.45; zweifelnd unter Hinweis auf die englische Reform auch Sieverts, Niederschriften III, S.43 l.Sp.; vgl. auch Heinitz, Materialien I, S.62

10) Kraepelin S.33; vgl. auch Eb.Schmidt, ZStW 45, S.34 Anm.77, zitiert nach Heinitz a.a.O.; Staff, Niederschriften I, S. 224 f.; vgl. auch Coing S.107: "die Masse der Menschen vermag häufig höheren Werteinsichten nicht zu folgen".

"Zuchthäusler" zerschlagen ist? Hier gäbe es eine große Aufgabe zu erfüllen für die "sittenbildende Kraft" einer humanen Strafe, für die viel zitierte "Weisungsfunktion" des Strafrechts¹¹⁾.

Aber wie steht es mit dieser "humanen" Strafe? Ist "human" nicht gleich spezialpräventiv? In der Tat stellt sich hier wieder die Frage nach dem Sinn der Strafe. Die Kommission war in ihrer Mehrheit der Ansicht, das Bekenntnis zur Schuldvergeltung in der Grundsatzdebatte führe notwendig dazu, die Zuchthausstrafe beizubehalten¹²⁾. Es war der Gedanke, daß der Zuchthausstrafe die Aufgabe zukomme, eine besonders qualifizierte Mißbilligung auszudrücken¹³⁾, der gegen die Argumente derjenigen Kommissionsmitglieder vorgebracht wurde, die Sinn und Wert der Zuchthausstrafe an den Vorgängen im Vollzug und ihren Auswirkungen für den Entlassenen maßen; nach dieser Anschauung bedingten die großen Unterschiede zwischen einem Mord und einer Notentwendung nicht nur einen quantitativen, sondern auch qualitativen Unterschied der Strafe.

Das ist allerdings die Frage. Die Möglichkeit einer graduellen Abstufung der Einheitsstrafe müßte genügen¹⁴⁾. Im übrigen gibt es schon im Strafgesetzbuch von 1871 Delikte, die ihrem Unwertcharakter nach gänzlich verschieden sind und trotzdem mit derselben Strafart geahndet werden können, so Beleidigung gemäß § 185 StGB und Totschlag gemäß § 213 StGB, ohne daß dagegen jemand rebelliert.

Dieser Gesichtspunkt ist jedoch nur von untergeordneter Bedeutung. Von größter Bedeutung ist dagegen die Frage, ob die Haltung der Kommission mit der Vergeltungsstrafe Hegels vereinbar ist, zu der sich die Kommission ja be-

11) Gallas, Niederschriften I, S. 220 f. unter Berufung auf Hellmuth Mayer; vgl. dessen Lehrbuch S. 23

12) vgl. Lange, Niederschriften I, S. 89 r. Sp.; Welzel, a. a. O., S. 91; Begründung des Entwurfs, S. 50 l. Sp.; Spendel, Grundfragen jeder Strafrechtsreform, S. 53 f.

13) Lange, a. a. O.

14) ebenso Krille, Niederschriften I, S. 90

kannt hat. Hegels Gedanke, die Strafe als Negation der Negation des Rechts stelle das Recht in vollem Umfang wieder her, müßte auch auf die Zuchthausstrafe zutreffen. Konkret ausgedrückt heißt das, daß der Verbrecher in der Strafe als vernünftiger Mensch anerkannt wird und seine Stellung in der Rechtsgemeinschaft zugewiesen erhält. Mit Hellmuth Mayer zu sprechen, "weist die Strafe dem Verbrecher den Weg zur Wiedereinordnung in die sittliche Gemeinschaft, den Weg der Sühne, der auch die einzige Möglichkeit echter innerer Wandlung ist"¹⁵⁾. Die Wiedereingliederung des Verbrechers ist hier der wesentliche Sinn des Strafrechts¹⁶⁾. Wie ist es nun mit der Zuchthausstrafe? Ermöglicht sie dem Verbrecher Sühne und Wiedereingliederung in die Gemeinschaft? Ruft sie alle seine sittlichen Kräfte auf oder zerstört sie diese nicht vielmehr?

Die Zuchthausstrafe bleibt als Institution im wesentlichen unverändert bestehen. Das bedeutet, daß die Fälle echter Sühne seltener als bei irgendeiner anderen Strafe sein werden, daß der Verbrecher mit einem Makel versehen wird, so daß er in der Regel nie mehr als vollwertiges Mitglied der Gesellschaft gelten kann. Denn die zeitliche Zuchthausstrafe wirkt lebenslänglich. Man hat mit Recht von ihr gesagt, daß die Strafe eigentlich erst nach der Entlassung beginne¹⁷⁾ und daß ihre Straffolgen verewigt würden¹⁸⁾. Wie kann man aber dann bei dem Gefangenen, der doch gerade bei einer langjährigen Freiheitsstrafe von der Hoffnung lebt¹⁹⁾, erwarten, daß er die Strafe als gerecht empfindet und freiwillig auf sich nimmt, wenn ihm nach der Entlassung Diffamierung auf Schritt und Tritt begegnet? Nicht Sühne ist das Ergebnis, nicht Wiedereingliederung, sondern Verbitterung und endgültige Ausgliederung aus der Gesellschaft.

15) Hellmuth Mayer, S. 33

16) ebenso Hellmer, S. 123, Anm. 131 u. S. 133, Anm. 150

17) vgl. Bockelmann, JZ 51, S. 498

18) Bockelmann, Niederschriften I, S. 92

19) vgl. Herrmann, Niederschriften III, S. 65 r. Sp.

Die Mehrheit der Kommission ging offenbar nicht von der Sühne als Ziel allen Strafens aus, da sie sonst alle gesetzlichen Nebenfolgen der Zuchthausstrafe über ihre Verbüßung hinaus hätte ausschließen müssen²⁰⁾. Wie anders läßt sich der Ausspruch von Gallas verstehen, "daß der Gedanke der Entsühnung i n s o w e i t (!)"²¹⁾ jedenfalls realisiert werden muß, als nach Verbüßung der Strafe das allgemeine Bürgerrecht des Wählenkönnens wieder in Kraft tritt"?^{21a)} Oder Welzels Wort, "daß man für den Ausschluß solcher Leute (vom aktiven Wahlrecht, d.Verfasser) Sorge trägt, d e r e n U n w ü r d i g k e i t f e s t - s t e h t "?²²⁾ Hier wird anscheinend der Gedanke, daß alle Schuld getilgt werden könne und müsse, für Fälle schwerer Kriminalität gar nicht mehr erwogen. Aber das beruht wohl auf einem Mißverständnis: nicht die Übertretungen rufen nach Sühne und Entsühnung, sondern die Verbrechen. Gegenüber dieser Unversöhnlichkeit ist die Erinnerung Krilles an die christliche Basis des deutschen Strafrechts einer der eindruckvollsten Momente der Diskussion zum Allgemeinen Teil des Entwurfs²³⁾. Mit Recht folgert Krille daraus, daß derjenige, der eine echte innere Wandlung erlebt habe, auf seinem Weg in die soziale Gesellschaft in jeder Form unterstützt werden müsse.

Aber selbst wenn man den Gedanken der Sühnestrafe nicht weiter verfolgt, wie er Hegel allein gerecht wird, und man die Entscheidung der Kommission an der formalen Deutung der Formel von der Strafe als Negation der Negation des Rechts mißt, daß nämlich die bloße Übelzufügung geeignet sei, Tat und Schuld auszugleichen, ergibt sich eine Diskrepanz. Denn die z e i t l i c h e

20) ebenso Eb.Schmidt, Niederschriften I, S.93; Bockelmann, a.a.O. S.92; Koffka, a.a.O.S.90; Staff, a.a.O. S.225 r.Sp.

21) gesperrt vom Verfasser

21a) Niederschriften I, S.239 l.Sp.

22) Niederschriften I, S.237; gesperrt vom Verfasser

23) Niederschriften I, S.234

Freiheitsstrafe - und hier ist nur von der zeitlichen Zuchthausstrafe die Rede - erweist sich eben als unfähig, die Übeltat zu negieren, wenn erst weitere Folgen der Strafe, die außerhalb des Gesetzes liegen, die volle Strafintensität herbeizuführen geeignet sind. Dies ist aber gerade bei der Zuchthausstrafe der Fall: Charakteristisch dafür sind die sogenannten "Fernwirkungen"²⁴⁾; am schwersten zu ertragen ist für den Zuchthäusler der Makel der ehrenrührigen Strafe. Diese Brandmarkung²⁵⁾ ist es auch, die die Resozialisierung des Entlassenen praktisch unmöglich macht²⁶⁾. Demgegenüber hat man betont, der Staat habe die Regulierung der sozialen Ehrenanerkennung nicht in der Hand²⁷⁾. Dies ist nur insofern richtig, als der Staat nicht selbst die Bedingungen setzt, die zur "moralischen Lynchjustiz der Gesellschaft"²⁸⁾ führen. Wie soll aber der einfache Bürger zu dem entlassenen Zuchthausgefangenen in ein positiveres Verhältnis kommen, sich gar versöhnen, wenn er sieht, daß der Staat dem Entlassenen weiterhin gewisse Rechte aberkennt? Wie kann er, da er solches sieht, glauben, dieser Mensch sei wieder vollwertig, er habe sein Unrecht gesühnt, wenn er seine Tat schon rein äußerlich nicht überwinden kann?

Hellmer hält die erwähnten "Fernwirkungen" der Strafe deshalb für so gefährlich, weil sie gewissermaßen heimlich aufträten²⁹⁾. Dies trifft allerdings für die Zuchthausstrafe nur bedingt zu. Denn der Gesetzgeber ist sich darüber im klaren, daß Fernwirkungen auftreten. Im Gegenteil, es ist charakteristisch, daß die Nebenwirkungen der Zuchthausstrafe nicht wie bei anderen Strafen als unver-

24) vgl. Maurach, S.60 f.

25) vgl. Wiechmann, Niederschriften I, S.234;
Jescheck, Menschenbild, S.10

26) vgl. Eb.Schmidt, ZStW 69, S.382; Krille, Niederschriften I, S.90

27) Kahl, zitiert nach Heinitz, Materialien I, S.65

28) vgl. Gustav Radbruchs Entwurf, Bemerkungen, S.53

29) a.a.O., S.31

meidlich in Kauf genommen werden, sondern daß mit ihnen sogar gerechnet wird, wenn man davon spricht, daß die Zuchthausstrafe als Institution notwendig sei. Damit ist ein eigentümlicher Wandel sanktioniert worden: die einstigen Fernwirkungen gehören längst zum Wesensgehalt der Zuchthausstrafe. Diese Kombination von Freiheitsentziehung und brandmarkenden gesetzlichen³⁰⁾ und außergesetzlichen³¹⁾ Nebenfolgen ist äußerst bedenklich, weil die soziologischen Begleiterscheinungen der Zuchthausstrafe völlig unkontrollierbar und unbestimmt sind, so daß die Zuchthausstrafe eine m a ß l o s e Strafe ist. Eine derartig unbestimmte Strafreaktion widerspricht nicht nur der formalen Vergeltungstheorie Bindings und Birkmeyers, sondern sie dürfte auch vom Standpunkt der Rechtsstaatlichkeit des Strafrechts kaum haltbar sein. Was aber besonders schwer wiegt, ist der Umstand, daß das Bekenntnis der Mehrheit der Kommission zur Zuchthausstrafe als deutliche Absage an eine Sühnestrafe zu werten ist, da echte Sühne wesensmäßig voraussetzt, daß das Strafübel im großen und ganzen - gewisse praktische Schwierigkeiten werden sich nie ganz vermeiden lassen - kontrollierbar ist, daß die Strafe dort aufhört, wo die Sühneleistung erbracht ist.

Diese Bedenken müssen auch gegenüber den E h r e n - s t r a f e n des Entwurfs (§§ 47 ff.) erhoben werden. Denn solche gibt es nach wie vor. Obwohl in der Begründung des Entwurfs³²⁾ festgestellt wird, der Entwurf sehe keine Ehrenstrafen im eigentlichen Sinne vor, nämlich Strafen, die den Verurteilten brandmarken oder als ehrlos kennzeichnen sollen, so ist doch nicht zu verkennen, daß gerade die Zuchthausstrafe heute in ihrer ganzen Schwere nur mehr als Ehren-Hauptstrafe begriffen werden kann. Darüber hinaus kennt der Entwurf "Nebenfolgen im staats-

30) vgl. §§ 31 ff. StGB und §§ 45 ff. Entwurf

31) das sind die "Fernwirkungen"

32) a.a.O., S. 49 l. Sp.

bürgerlichen Bereich³³⁾, die mit der Zuchthausstrafe teilweise automatisch verbunden sind (§ 45 Entwurf) oder aber - dies gilt für Zuchthaus- und Gefängnisstrafe - eines besonderen richterlichen Ausspruchs bedürfen.

Die Nebenstrafen (§§ 47 ff. Entwurf) unterscheiden sich nicht wesentlich von der Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte gemäß §§ 32 ff. StGB, da sich beide Einrichtungen auf den staatsbürgerlichen Status beziehen. Scheidet man den Amtsverlust von den typischen Ehrenstrafen³⁴⁾, so bleibt die Aberkennung der Fähigkeit, öffentliche Ämter zu bekleiden und der Verlust des aktiven und passiven Wahlrechts. Hier handelt es sich aber um echte Ehrenstrafen, da die Entziehung dieser Rechte und Fähigkeiten nicht voraussetzt, daß sie in irgendeinem Verhältnis zur Tat - etwa Mißbrauch der Amtsstellung - stünde. Charakteristisch ist vielmehr, daß in der Ehrenstrafe ein so starkes Unwerturteil - vergleiche die Zuchthausstrafe ! - liegt, daß der Verurteilte durch sie in einen Status versetzt wird, der unter dem Normalstatus des gewöhnlichen Bürgers steht. Und aus diesem verminderten Status ergeben sich die Rechtsminderungen von selbst³⁵⁾.

Eine derartige Statusänderung hat auch weitertragende Folgen als die gewöhnliche Verurteilung; es ist ihr eigentümlich, den Verurteilten aus der Rechtsgemeinschaft auszugliedern, ihn auszustoßen. Hierbei besteht die große Gefahr, daß der Zustand des Ausgestoßenseins ein endgültiger wird: Einmal sieht das Gesetz den unbefristeten Verlust von Fähigkeiten vor und zum anderen ist das Unwerturteil einer derartigen Strafe so niederschmetternd, daß der Verurteilte kaum jemals die erforderliche Kraft aufbringen wird, die durch die Strafe aufgetürmten Vor-

33) Strauß, Niederschriften I, S.231

34) vgl. Gallas, Niederschriften I, S.217 r.Sp.;
Eb.Schmidt, a.a.O., S.230 f.

35) ebenso Gallas, a.a.O., S.217 f.

urteile seiner Mitbürger zu überwinden. Denn die Ehrenstrafe bezieht sich letzten Endes auf die Persönlichkeit des Täters selbst, auf das Sein, nicht das Tun. Und darin liegt wohl das Vernichtende, wie Engisch darauf hingewiesen hat, daß das eigentlich Bohrende des Gewissensvorwurfs nicht die Tat, sondern das Sein betrifft, daß man so ist, wie es der Tat entspricht³⁶⁾. Die staatliche Strafe ist aber nicht nur auf den Bereich des Gewissens beschränkt, sondern sie wird öffentlich bekannt, ja sie soll es werden. In dieser Brandmarkung der Täterpersönlichkeit liegt auch die nachhaltige Wirkung der Ehrenstrafe. Auch wird sie dem Bedürfnis der Volksmasse, seinen gemeinsamen Feind, den Verbrecher, an der empfindlichsten Stelle zu treffen, gerecht. Ist eine derartige Strafe, die so sehr der "moralischen Lynchjustiz" der Gesellschaft entgegenkommt, die so eng mit der Reaktion der breiten Masse verknüpft ist, noch als Schuldstrafe zu rechtfertigen?

Bei der Beantwortung der Frage muß man davon ausgehen, daß die Ehrenstrafe - wie auch die Zuchthausstrafe - nicht mehr kontrollierbar ist, daß ihre Wirkung von verschiedenen Faktoren abhängt; sie kann und wird gewöhnlich lebenslänglich wirken, da sie die Persönlichkeit des Täters zutiefst trifft, sie kann aber auch - gegenüber einem Asozialen - völlig wirkungslos sein.

Vom Standpunkt der Spezialprävention wird man die Ehrenstrafe ablehnen, weil sie der Resozialisierung des Verurteilten entgegensteht. Ebenso spricht gegen die Ehrenstrafe der Gesichtspunkt, daß der Täter mit dem Verbüßen der Strafe frei und ledig sein müsse und nicht einer Strafe unterworfen werden dürfe, die lebenslänglich andauert, weil auf diese Weise die Strafe ihren wesentlichen Charakterzug verliere, dem Täter seine verlorengegangene sittliche Freiheit wiederzugeben und ihn in die Gemeinschaft einzugliedern.

36) Engisch, ZStW 61, S. 173

Gallas, der sich mit diesem Problem auseinandersetzt, meint, der Einwand sei zwar k r i m i n a l p o l i - t i s c h sehr bedeutsam, doch decke er keinen Widerspruch zum Wesen der Strafe auf, da neben lebenslänglichem Zuchthaus es auch eine Strafe geben könne die zeitiges Zuchthaus und lebenslängliche Rechtsverwirkung kombiniere³⁷⁾. Jener Einwand scheint aber über das Gebiet der Kriminalpolitik hinauszugehen und doch das Wesen der Strafe zu betreffen. Oder sollte es gleichgültig für das Wesen der Strafe sein, ob sie die Entsöhnung des Verurteilten zuläßt oder nicht? Ist nicht gerade Hegels Deutung der Strafe, die Strafe solle den Verbrecher als Mitglied der Rechtsgemeinschaft erhalten, das Gegenteil der Ausgliederung des Verurteilten auf Lebenszeit³⁸⁾, wie sie Gallas zuläßt? Eine Strafe, die es dem Verurteilten nicht ermöglicht, seine Schuld zu tilgen, ist als Schuldstrafe ungerrecht, wenn auch nicht verkannt werden soll, daß die lebenslängliche Strafe, ja die Todesstrafe durch die Sühneidee gerechtfertigt sein kann. Aber es kann sich hier immer nur um Ausnahmefälle handeln, die nicht dazu dienen können, das weite Anwendungsgebiet der §§ 45 ff. Entwurf zu rechtfertigen.

Aber all jene Argumente gehen insofern fehl, als die Mehrheit der Kommission doch von einem anderen Sühnebegriff ausging: Nach ihr ist Sühne nur Vergeltung im Sinne der klassischen Strafrechtstheorie des Schulenstreites, nicht aber autonomes Aufsichnehmen der Strafe, aktive Leistung. Von diesem Standpunkt kann es dann als sinnvoll erscheinen, das Unwerturteil über Tat und Täter nach äußeren Merkmalen zu differenzieren³⁹⁾, da dann nicht mehr die sittliche Leistung des Verurteilten wesentlich ist, der seine verlorengegangene sittliche Freiheit wiedererlangen will, sondern die objektive Eingruppierung der

37) Niederschriften I, S.220 r.Sp.

38) vgl. Staff, Niederschriften I, S.225 r.Sp.

39) vgl. Gallas, Niederschriften I S.219 l.Sp.;
Lange, a.a.O., S.231

Tat nach der Vorwerfbarkeit. Es sind das zwei grundverschiedene Auffassungen vom Sinn der Strafe, die beide unter Berufung auf Hegel vertreten werden. Unter diesen Umständen ist es auch zweifelhaft, ob die Wiederverleihung von Rechten und Fähigkeiten, die § 50 Entwurf vorsieht, ein Ansatzpunkt zu echter Sühne sein kann.

Die Ansicht, die die Beibehaltung der Ehrenstrafen aus dem Schuldprinzip ableiten will, kann ihren Standpunkt nicht durchhalten; sie muß die Ehrenstrafen letztlich auf ihre "sozialpädagogische Funktion", auf den Gedanken der Generalprävention stützen⁴⁰⁾. Hier bewahrheitet sich Eberhard Schmidts Feststellung, daß die Tatvergeltung im Sinne Hegels - des mißverstandenen Hegel - auf Generalprävention hinausläuft⁴¹⁾. Denn sollte man hier davon sprechen dürfen, daß die Strafe das Recht des Verbrechers sei, daß er in ihr "als Vernünftiges g e e h r t "⁴²⁾ werde, wenn ihn die Strafe tatsächlich zum Ehrlosen stempelt? Wohl nicht, wenn Hegels Theorie nicht ganz formal verstanden wird. Die Gefahr, daß sich die Strafe in zweckmäßiger Behandlung erschöpft, daß der Täter zum bloßen Objekt wird, ist von diesem Blickwinkel nicht auszuschließen⁴³⁾. In Wirklichkeit dürfte es aber nicht darauf ankommen, eine allzu differenzierte Unwertskala aufzustellen, sondern den Täter zur aktiven Sühneleistung anzuregen. Dann ist gewährleistet, daß der Übeltäter nicht nur Objekt, sondern Subjekt des Bestrafungsvorganges wird.

Der Ansicht dagegen, die Sühne als individualethischen Akt begreift, kann nicht vorgeworfen werden, daß sie den Täter zum Objekt mache, daß sie den Menschen entwürdigte. Und trotzdem erfüllt sie die Forderungen der Spezialprävention und der Generalprävention weitgehend. Denn die

40) vgl. Gallas, a.a.O. S.220 r.Sp.

41) vgl. Eb.Schmidt, Materialien I, S.21

42) Hegel, Rechtsphilosophie § 100

43) vgl. aber Gallas, Niederschriften I, S.219 l.Sp., der glaubt, gerade diesem Vorwurf zu entgegen.

Sühnestrafe in dem hier gemeinten Sinne ist nicht zweckmäßig, weil ihr ein diesseitiger Zweck heilig ist, sondern weil sie der Wirklichkeit des Menschen gerecht wird. Vergeltungsdenken und Zweckdenken, die alten, sich ausschließenden Gegensätze des Schulenstreits, erscheinen hier als überholt.

Dritter Hauptteil

Zusammenfassung des Ergebnisses, Kritik und Ausblick.

- 1) Die herkömmliche Vereinigungstheorie als Grundlage des Entwurfs.

Wie stellt sich nach dem Streifzug durch Entwurf und vorbereitende Arbeiten der Charakter des geplanten Strafbuches dar? Am "konservativen" Entwurf hat Fritz Bauer eine grundsätzliche Kritik geübt: Da das Maß der Schuld nicht feststellbar sei, bleibe dem Entwurf kein Ansatzpunkt für seine moralisierende Strafe. Die Mehrheit der Kommission habe sich unter Mißachtung der kriminalpolitischen Tendenzen in Amerika, Westeuropa und Skandinavien "selbstmörderisch" auf die seit 150 Jahren bekannte und vertraute Vorstellungswelt einer idealistischen Aufklärungsphilosophie gestürzt; und dies alles, obwohl die Kommission das Strafrecht zu r e f o r m i e r e n bestimmt gewesen sei¹⁾.

Diese Kritik ist insofern nicht berechtigt, als sie sich gegen das Bekenntnis der Kommission zum Schuldprinzip und zu einem idealistischen Menschenbild richtet. Das Bekenntnis zur "idealistischen Aufklärungsphilosophie" dürfte nämlich nicht so unzeitgemäß sein, wie Fritz Bauer annimmt. Im Gegenteil! Wie bereits eingangs skizziert, sind es die Erfahrungswissenschaften, die das von ihnen begründete naturalistische Menschenbild des 19. Jahrhunderts erschüttern und die These, der Mensch sei mehr als ein Lebewesen wie jedes andere auch und rein naturalistisch nicht zu erklären²⁾, gleichsam "von unten her" stützen³⁾.

1) F.Bauer, Verbrechen und Gesellschaft, S.249 ff.

2) vgl. Engisch, Vom Weltbild des Juristen, S.26 ff.

3) Jescheck, Menschenbild, S.14

Auch ist die Behauptung Fritz Bauers nicht gerechtfertigt, die Kommission habe der Induktion die Deduktion und der Erfahrung die Spekulation vorgezogen; es wird hier die große Bedeutung, die den Diskussionsbeiträgen der Strafvollzugssachverständigen zukam, völlig übersehen⁴⁾.

Demnach dürfte sich die Kommission auf dem richtigen Wege befunden haben, als sie sich - in Einklang mit dem Geist des Grundgesetzes und den neuesten Erkenntnissen der Erfahrungswissenschaften - zu einem Schuldstrafrecht bekannte. Nicht der Ausgangspunkt der Kommission, sondern der Fritz Bauers ist überholt. Auch Lange sieht von den verschiedenartigen Ausgangspunkten der Erfahrungswissenschaften die Möglichkeit, ja die Notwendigkeit dargetan, das Wesen des Menschen auf Freiheit und damit Verantwortung zu gründen, wie es "von oben her die Ansätze rechtsphilosophischer Neubegründung des Strafrechts postulieren". Das Zusammentreffen beider Wege zur Wesensbestimmung des Menschen, die bisher immer in entgegengesetzte Richtungen zu führen scheinen, gehöre zu den erregendsten geistigen Phänomenen der Gegenwart⁵⁾.

Hat die Kommission diese große Chance, Vergeltungsstrafe und Zweckstrafe geisteswissenschaftlich zu überwinden, genutzt? Das ausdrückliche Bekenntnis zu Hegels Straftheorie in der Grundsatzdebatte berechtigte allerdings zur Hoffnung, daß mit einem erneuten Durchdenken der geistigen Grundlagen des Strafrechts die Synthese gefunden werde, in der so manches Provisorium und Flickwerk des Strafgesetzbuches von 1871, mancher Widerspruch seine Lösung finden werde.

Aber was ist mit dieser Hoffnung geworden?

Der Entwurf bekennt sich in § 2 zu einem Schuldstrafrecht. Das Schuldprinzip wird auch - im Gegensatz zum geltenden

4) vgl. etwa Niederschriften III, S. 63 ff.; ähnlich auch Jescheck, Menschenbild, S. 28 Anm. 65

5) vgl. Lange, SchwZSt 70, S. 389 f.

Strafrecht - insoweit durchgeführt, als die Strafschärfung beim gefährlichen Gewohnheitsverbrecher in § 20 a StGB nicht übernommen wird. Dafür sieht der Entwurf eine allgemeine Strafschärfung für den Rückfalltäter vor, die sich nicht auf Gefährlichkeit, sondern auf verschärften Schuldvorwurf stützt. Auch die Zweispurigkeit der strafrichterlichen Reaktionen, die Trennung von Strafe und Maßnahme, beruht auf dem Schuldgrundsatz, obwohl sich in der Möglichkeit des Vikariierens eine Auflösung des Gegensatzes abzuzeichnen beginnt. Traditionell ist auch die Beibehaltung von Zuchthaus- und Ehrenstrafen; auch sie werden - herkömmlicherweise - als Ausfluß des Schuldprinzips angesehen. Diese Begründung ist aber schwerlich haltbar; in Wahrheit dürfte es sich um generalpräventive Strafen handeln. Dagegen ist die Vorschrift über den Neigungstäter (§ 53 S.2) ebenso wie die Einführung der Sicherungsaufsicht (§§ 100 ff.) spezialpräventiv zu verstehen, während die Entscheidung der Kommission, den Gewissenstäter nicht besonders zu behandeln, wiederum nur aus Gründen der Generalprävention erklärt werden kann. Die Fassung des § 77 und die Diskussion um die Strafaussetzung zur Bewährung deuten darauf hin, daß dieses Institut als echte Sühnestrafe ausgebaut werden sollte, obwohl sich diese Vorschrift, wie die Aussetzung des Strafrestes zur Bewährung, auch rein spezialpräventiv verstehen läßt.

Aus dieser stichwortartigen Zusammenfassung erhellt, daß das Ziel der Reformarbeiten, das durch zahlreiche Novellen uneinheitlich gewordene Strafgesetzbuch von 1871, durch ein in den Grundlinien klares Gesetz abzulösen, nicht erreicht wurde.

Wie ist es zu diesem Fehlschlag gekommen? Obwohl die Kommission von der Hegelschen Deutung der Strafe ausgegangen ist, ist sie zu einem tieferen Verständnis der Formel von der Strafe als Negation nicht gekommen, sondern bei der Auslegung der Theorie Hegels stehengeblieben, wie sie schon der klassischen Strafrechtstheorie Bindings und

Birkmeyers zugrundelag. Diese Auffassung, die annimmt, ein an den Täter von außen herangetragenes Übel, die Strafe, könne die Tat gleichsam automatisch ausgleichen, ist nicht haltbar. In ihr erscheint Hegels Theorie so inhaltsleer, daß sie auf alle Arten von Strafen anwendbar wird, auch auf ungerechte. So erweist sich das Bekenntnis zu Hegel in der Grundsatzdebatte als wertlos; die mißverständene Theorie Hegels konnte nicht die große Richtlinie sein, zu der sie hätte werden können, wenn die Kommission die Vergeltungsstrafe zur Sühnestrafe vertieft hätte, die dem Täter seine verlorengegangene sittliche Freiheit wiedergeben und in die Gemeinschaft eingliedern soll. Dann wäre wohl auch das mehr verwirrende denn klärende Schlagwort "Resozialisierung"⁶⁾ zurückgedrängt worden, mit dem die Kommission arbeitete. Die Verwendung eines derart unscharfen Begriffes, der sowohl der Idee der Schuldstrafe angehören wie auch dem Gedankengut der Zweckstrafe entstammen kann, kommt nicht von ungefähr. Der Grund hierfür ist darin zu sehen, daß der Kommission eine neue Konzeption fehlte, an der sie ihre Arbeit hätte ausrichten und die ihr Maßstab für das geltende und das neu zu schaffende Recht hätte sein können. Der Schuldgedanke, der nach der Grundsatzentscheidung den Entwurf beherrschen sollte, kann als neue Konzeption nicht angesprochen werden, weil das geltende Strafrecht ohnehin auf dem Schuldprinzip beruht.

Da die Rückkehr zu Hegel der Kommission wesentlich neue Einsichten nicht gebracht hat, ein Zweckdenken, etwa im Sinne der "défense sociale" sich für ein Schuldstrafrecht von selbst verbot, standen neue Ideen - soweit es das Thema dieser Arbeit angeht - nicht zur Debatte. Die Beschränkung des zu gestaltenden Stoffes auf die Ideen, die

6) Auch nach der Sinngebung durch Eb.Schmidt, ZStW 67, S.181 ff.; 69,S.368, ist der Begriff zu unbestimmt, weil er das Ziel des Bestrafungsvorganges bezeichnet, die Mittel und Wege, wie man zu diesem Ziel kommt, aber im Dunkeln läßt.

bereits im Strafgesetzbuch von 1871 Form und Ausdruck gefunden haben, brachte es auch mit sich, daß der abgeebbte Schulenstreit nicht wieder auflebte, zumal das geltende Strafrecht, um dessen Neuorientierung es ging, ein anderes ist als das von 1890 oder 1900, da inzwischen zahlreiche Novellen die dringendsten Forderungen der modernen Schule erfüllt haben.

Dieser Umstand war es auch, der eine erneute Auseinandersetzung mit dem Programm Franz v. Liszts als unnötig erscheinen ließ, obwohl vielleicht eine scharfe Gegenüberstellung von Vergeltungsstrafe und Zweckstrafe, eine leidenschaftslose Betrachtung aus der klärenden Entfernung von 50 Jahren neues Licht auf die Probleme des geltenden wie des zukünftigen Strafrechts geworfen hätte. Gerade eine solche Auseinandersetzung wäre aber notwendig gewesen, um eine "glückliche Synthese zwischen dem Schuldstrafrecht und den auf Menschenbehandlung gerichteten Forderungen der soziologischen Schule zu finden"⁷⁾. Die Erkenntnisse der Naturwissenschaften boten hierfür eine treffliche Ausgangslage, über die alten Fronten hinwegzukommen. Aber die Chance blieb ungenützt.

Die Kommission ist in ihrer Mehrheit vielmehr der Versuchung erlegen, die Reform als verbessernde Bestandsaufnahme anzusehen. Dies wird nicht nur am Entwurf deutlich, sondern offenbarte sich schon in der Diskussion, als man das geltende Recht nur allzuleicht auch als Norm für den Gesetzgeber betrachtete⁸⁾. Hier zeigt sich, daß es bei den meisten Problemen nur um eine Neufassung des Gesetzestextes ging; der Kommission fehlte eine neue Konzeption.

Das trifft auch für die entscheidende Frage zu, welche Strafrechtstheorie dem Entwurf zugrundeliegen solle. Die

7) Bundesjustizminister Neumayer, Niederschriften I, S. 22 l. Sp.

8) dagegen mit Recht Sieverts, Niederschriften III, S. 93 l. Sp.; auch Bockelmann, a. a. O. S. 96, grundsätzlich schon JZ 51, S. 494.

Kommission bekannte sich im Anschluß an Mezger⁹⁾ zu einer "Vereinigungstheorie", die die verschiedenen Strafzwecke unter dem Primat des Schuldgedankens zusammenfaßt¹⁰⁾. Eine derartige Vereinigungstheorie bringt aber nicht die erhoffte Überwindung des Gegensatzes Vergeltungsstrafe - Zweckstrafe, da sie in Wirklichkeit die Antithesen nicht in einer Synthese vereinigt, sondern lediglich "nebeneinander" stellt, ohne die "gegensätzliche Mannigfaltigkeit wirklich geisteswissenschaftlich zu verstehen"¹¹⁾. Daß nur ein "Nebeneinander" von verschiedenen Theorien, nicht aber ein einheitliches Prinzip vorliegt, zeigt am besten der Umstand, daß sich die verschiedenen Strafzwecke, Generalprävention und Spezialprävention, und das Schuldprinzip widersprechen können, ja oft auch widersprechen, weil sie nur Funktionen eines noch nicht gefundenen Ganzen sind.

Das unverbundene Nebeneinander der verschiedenen Strafzwecke und des Schuldgedankens kommt nicht nur bei der Strafzumessung in den einzelnen Urteilen zum Vorschein¹²⁾, sondern es zeigt sich gerade auch im Entwurf 1958, wenn - wie dargelegt - verschiedene Institute des Entwurfs general- oder spezialpräventiv ausgebildet sind, ohne daß der "Primat" des Schuldprinzips dem Einhalt gebieten könnte.

Hier scheint sich der Gedanke Dreher's, daß die mehrdimensionale Strafe nur dann Sinn habe, wenn jede ihrer einzelnen Funktionen je nach Lage des Falles vor der anderen dominant werden könne¹³⁾, doch insgeheim durchzusetzen, allerdings auf Kosten des Schuldstrafrechts. Aber das wäre ja nur ein Beweis dafür, daß die Vereinigungstheorie keine echte Synthese bringt.

9) Niederschriften I, S.30 ff.

10) vgl. Lange, Niederschriften I, S.47 l.Sp.

11) vgl. Nohl, S.163; ebenso Georgakis, S.23 f.

12) vgl. dazu Heinitz, ZStW 63, S.73

13) Dreher, ZStW 65, S.486

Diese Beobachtung steht im Einklang mit der Tatsache, daß innerhalb der Vereinigungstheorie der Kampf zwischen Vergeltungsstrafe und Zweckstrafe mit aller Erbitterung weitergeführt wird, nur gegenüber dem Schulenstreit wesentlich leiser und unbemerkter. Der Streit hat sich vom Grundsätzlichen zu den Einzelproblemen verlagert. Ein besonders anschauliches Beispiel für diese Auseinandersetzung ist das Problem der Zweispurigkeit der strafrichterlichen Reaktionen. Im Stooß'schen Vorentwurf seinerzeit als Konzession an die moderne Schule gedacht, fand die neue Regelung verhältnismäßig schnell Anerkennung in den Strafgesetzen verschiedener Länder. Mochte die Einführung der Zweispurigkeit in das deutsche Strafrecht im Jahre 1933 auch ein betontes Bekenntnis gegen v.Liszt gewesen sein¹⁴⁾, so lag darin doch eine Anerkennung des Zweckdenkens. Wenn man aber glaubte, damit die Strafe selbst vom Präventiven freihalten zu können, so war das - abgesehen von der Regelung in § 20 a StGB - ein Irrtum. Inzwischen ist das Zweckdenken so sehr erstarkt, daß es zum Angriff vorgehen kann. In dieser Richtung sind die Zugeständnisse an den Vikariierungsgedanken zu werten, die der Entwurf in § 93 macht. Dies dürfte der Ansatzpunkt sein, von dem das zweispurige System "von unten her", vom Vollzug her überwunden wird.

Hier wird wohl deutlich, daß die Vergeltungsstrafe, wie sie die Kommission in ihrer Mehrheit sah, nicht geeignet ist, dem Zweckgedanken auf die Dauer erfolgreich Widerpart zu bieten, da die formale Auslegung des Hegel'schen Gedankens von der Strafe als Negation der Negation des Rechts dem Vergeltungsprinzip zu wenig Gehalt verleiht, um den Forderungen einer in allen westlichen Ländern erstarkenden spezialpräventiven Richtung entgegenzutreten zu können. Auf der anderen Seite kann diese Art/Vergeltungstheorie präventive Ideen gar nicht entbehren, eben weil sie dann der Wirklichkeit des Menschen vollends nicht

14) so Eb.Schmidt, Niederschriften I, S.354 l.Sp.

gerecht werden könnte. Darin liegt die nicht zu unterschätzende Gefahr, daß die Vereinigungstheorie einmal in reiner Prävention endet. Allerdings kann die Vereinigungstheorie, wie sie auch dem Entwurf zugrundeliegt, schon jetzt nicht mehr Anspruch darauf erheben, eine absolute Strafrechtstheorie zu sein¹⁵⁾.

Für die Entwicklung ist es charakteristisch, daß der Entwurf den Maßregeln der Besserung und Sicherung in den §§ 85 ff. eine besonders eingehende Regelung zuteil werden läßt und sie nach den neuesten kriminalpolitischen Einsichten ausgestaltet. Dieser Teil wird - sicher nicht zu Unrecht - als der "best-gelungene" des Entwurfs bezeichnet¹⁶⁾. Das ist ein überraschendes Ergebnis, wenn man bedenkt, daß die Kommission von dem Gedanken beseelt war, ein Strafrecht zu schaffen, das in vorbildlicher Weise dem Schuldprinzip gerecht würde. Die großzügige Ausgestaltung der Maßregeln ist dazu zwar kein Gegensatz, aber es ist doch beinahe eine Ironie des Schicksals, daß gerade der rein präventive Teil des Entwurfs so gut gelungen ist.

Wie weit die ehemals starren Fronten des Schulenstreits aufgeweicht sind, zeigen nicht nur die wechselnden Mehrheiten bei den Abstimmungen der Kommission, sondern - und das scheint bezeichnend zu sein - die wechselnde Haltung einzelner Kommissionsmitglieder gegenüber so entscheidenden Problemen wie Schuldstrafe, Sühne, Generalprävention und Spezialprävention. Es ist dies eine Erscheinung, die wohl zur Zeit Bindings, Birkmeyers und v.Liszts undenkbar gewesen wäre. Man mag diese Entwicklung begrüßen, sie als Überwindung eines doktrinären Strafrechts rühmen und in ihr eine günstige Vorbedingung für das Gelingen der Strafrechtsreform sehen. Aber sie ist kein Ersatz für neue Reformideen. Ohne diese scheint es doch zu kühn zu sein, ein wirklich neues Strafrecht zu erwarten, das von einer neuen, einheitlichen Grundanschauung getragen ist, und nicht nur eine Bestandsaufnahme.

15) vgl. oben S.5 ff.; Klug, S.12 ff.

16) vgl. Eb.Schmidt, ZStW 69, S.389

2) Versuch der Überwindung des Gegensatzes Vergeltungsstrafe - Zweckstrafe.

Der erneute Anlauf zu einer Strafrechtsreform ist Anlaß, daß die Diskussion um Rechtfertigung und Zweck der Strafe, die alte Thematik des Schulenstreites, wieder auflebt, nachdem in letzter Zeit mehr die Lösung von Einzelproblemen im Mittelpunkt des Interesses stand. Bereits dieser Umstand ist als Positivum der Strafrechtsreform zu werten, ganz abgesehen davon, wie man sonst zur Reform stehen mag. Das Erlebnis des autoritären Staates läßt diesen Fragen eine erhöhte Bedeutung zukommen und sie in einem neuen Licht erscheinen. Es ist deshalb auch kaum zu befürchten, daß die Diskussion nur eine Wiederholung der Gedanken bringt, die im "Hin und Her des Schulenstreites ohnehin bis zum Überdruß"¹⁾ behandelt worden sind.

Es soll nun versucht werden, einen Weg aufzuweisen, über den der traditionelle Gegensatz Vergeltungsstrafe - Zweckstrafe überwunden werden kann. Dabei kann es sich nicht darum handeln, neue Gedanken zu bringen - das wäre in Anbetracht des vielerörterten Themas nur Vermessenheit - als vielmehr darum, einen möglichen Standpunkt aufzuzeigen, von dem die Antithese Gerechtigkeit und Zweckmäßigkeit der Strafe neuen Ausdruck gewinnt. Dieser Versuch wird auch dadurch gerechtfertigt, als der an verschiedenen Stellen dieser Arbeit verwendete Begriff einer "Sühnestrafe", der einer formal verstandenen Vergeltungsstrafe gegenübergestellt wurde, näher ausgestaltet werden soll.

Dreher hat den inhaltsschweren Satz geprägt, daß "bei uns keine Strafe mehr entschuldigt", daß "das Volk dem Missetäter die ersehnte Reinigung versagt"²⁾. Desgleichen sieht Welzel den "tiefsten Mangel unserer gebräuchlichen Strafjustiz nicht in der geringen resozialisierenden Kraft

1) Bockelmann, Materialien I, S. 37

2) Dreher, Gerechte Strafe, S. 24; zustimmend
Eb. Schmidt, Materialien I, S. 13

der Strafe, sondern in ihrer mangelnden Eignung zur Sühne³⁾, und Bockelmann beklagt, daß die Praxis weit davon entfernt sei, die sühnende Funktion der Strafe kriminalpolitisch zu nutzen; vielmehr träten verwaltungsrechtliche Hemmnisse zum Makel der Vorstrafe, so daß die Strafe erst mit der Entlassung beginne⁴⁾.

Man wird schwerlich behaupten können, daß der Entwurf, der die Zuchthausstrafe und (verkappte) Ehrenstrafen beibehält, den berechtigten Bedenken dieser maßgeblichen Stimmen Rechnung getragen hat. - Aber wäre der Forderung, der Strafe wieder ihren metaphysischen Charakter der Entsühnung zurückzugeben⁵⁾, genüge getan worden, wenn der Entwurf Zuchthaus und Ehrenstrafe abgeschafft und es im übrigen beim alten gelassen hätte? Gewiß nicht! Sicher ist richtig, daß die Entsühnung des Täters, seine Versöhnung mit der Gemeinschaft wesentlich davon abhängt, ob diese ihn nach verbüßter Strafe wieder als vollwertiges Mitglied aufnimmt. Aber Entsühnung setzt Sühne voraus. Kann man deshalb der Gesellschaft einen besonderen Vorwurf machen, wenn sie sich im Grunde nicht darum kümmert, ob jemand seine Strafe verbüßt hat oder nicht? Wie könnte der einfache Bürger auch glauben, daß die Strafe die Schuld tilgen könne, wenn nach der Verbüßung noch so viele verwaltungsrechtliche Hemmnisse für den Entlassenen bestehen? Ist es hier nicht gerade der Staat, dessen Sanktionen eindeutig beweisen, daß es mit einer "Sühne" nicht weit her sein kann? In der Tat, diese Anzeichen dafür, daß die Strafe eben nicht zur Sühne wird, sind nicht nur psychologisch bedeutsam; sie stimmen vielmehr mit der Beobachtung überein, daß im derzeitigen Strafrecht es Gnade ist, wenn dem Verurteilten das Erlebnis der Sühne zuteil wird⁶⁾. Denn Sühne ist mehr als das Ab-

3) Niederschriften I, S.104 l.Sp.

4) vgl.JZ 51,S.498; ebenso Jescheck,Menschenbild, S.26 f.

5) Arndt, SJZ 46,S.30

6) vgl. Eb.Schmidt, Materialien I,S.13

sitzen der Strafe, sie ist nicht rechnerischer Ausgleich von Schuld und Tat in dem Sinn, daß einem Diebstahl die Strafe von einem Jahr Gefängnis entspreche, ein Raub mit zwei Jahren Zuchthaus abgegolten sei; "Sühne vollzieht sich da, wo ein Schuldiger das Soll des ihn treffenden Strafübels als sittlich notwendig zur Wiedererlangung seiner ethischen Freiheit von sich aus anerkennt und das Strafleiden in diesem Sinne autonom will und auf sich nimmt"⁷⁾. Wie aber soll der Verurteilte das ihn treffende Strafübel von sich aus wollen, wenn er weiß, daß ihn nach der Entlassung eine völlig unbestimmte, vielfach lebenslange Strafe der Diffamierung erwartet, wie es bei der Zuchthausstrafe, aber auch bei der Gefängnisstrafe der Fall ist? Wie kann vom Verurteilten noch Sühne verlangt werden, wenn das Ziel der Sühne, die Entsühnung des Täters nicht erreicht wird, wenn die Gemeinschaft die Sühneleistung zurückweist? Natürlich hat auch hier die Sühneleistung ihren hohen ethischen Sinn, aber man darf den Menschen nicht überfordern; dies geschieht aber, wenn man ihm die äußere Anerkennung, die Entsühnung versagt. Hier wird klar, wie sehr sich Sühne und Entsühnung gegenseitig bedingen; die Gerechtigkeit ist unteilbar: Eine Strafe, die dem Täter keine Sühne ermöglicht ist ungerecht, weil sittlich nicht gerechtfertigt!⁸⁾ In diesem Sinne wird man Heinitz verstehen müssen, wenn er das Festhalten an der Zuchthausstrafe als den "schwersten Mangel des Entwurfes" bezeichnet⁹⁾. Das Festhalten an der Zuchthausstrafe ist aber nur die Folge der Entscheidung der Kommission für die (Schuld-)Vergeltungsstrafe, wie sie traditionell auf Hegels Straftheorie fußt. Die formale Auslegung der Hegel'schen Formel von der Strafe als Negation der Negation des Rechts beruht auf einem tiefen Mißverständnis. Denn in Wirklichkeit ist

7) Eb.Schmidt, Materialien I,S.11

8) ebenso Eb.Schmidt, Justitia fundamentum regnorum,S.61; Coing,S.212

9) ZStW 70,S.7

es gerade die Hegel'sche Straftheorie, die dem Verurteilten eine Rückkehr in die Gemeinschaft ermöglicht, indem die Strafe den aufrührerischen Willen beugt¹⁰⁾. Das auferlegte Strafübel als bloßer Machtakt vermag aber diesen Willen nicht zu beugen, wenn nicht der Täter die Strafe autonom auf sich nimmt, Sühne leistet. Es ist deshalb richtig, wenn Hellmuth Mayer betont, daß die Strafe "dem Verbrecher den Weg zur Wiedereingliederung in die sittliche Gemeinschaft, den Weg der Sühne weist, der auch die einzige Möglichkeit echter innerer Wandlung ist"¹¹⁾.

Aus dieser sühnenden, reinigenden Funktion läßt sich die Strafe auch gegenüber dem Täter rechtfertigen, da er den Makel, den er sich durch den Rechtsbruch zugezogen hat, nur dadurch zu tilgen vermag, daß er das Strafleiden auf sich nimmt; mit Fichte zu sprechen, hat er sogar ein Recht darauf, gestraft zu werden¹²⁾. Dies könnte man von der Vergeltungsstrafe, wie sie geübt wird, oder der Zweckstrafe, nicht mit gutem Gewissen sagen, da die Strafe "von außen" an den Täter herangetragen wird; hier bleibt die Strafe heteronomer Machtspruch. In diesem Falle entspricht sie auch nicht der Rechtsauffassung Launs, wohl aber die Strafe, die der Verurteilte sühnend auf sich nimmt; das Sühnebedürfnis und das Aufsichnehmen der Strafe sind nichts anderes als die Konkretisierung der Rechtspflicht, die der freie Wille des Täters erst erzeugt hat.

Die hohe Auffassung vom Menschen, die in der Sühneidee zum Ausdruck kommt, entspricht dem Bild, das sich der Verfassungsgesetzgeber vom Menschen gemacht hat, als er in Artikel 1 des Grundgesetzes die Würde des Menschen zum Leitbild der Verfassung erhob. Freilich kann man ein Strafrecht nicht schon deshalb als verfassungswidrig ansprechen, weil es nicht vom Prinzip der aktiven Sühne

10) vgl. Hellmuth Mayer, S.33

11) a.a.O.

12) vgl. Preiser, S.77

ausgeht, aber es läge wohl im Sinn einer erlebten Verfassung, die ganze Rechtsordnung allmählich, organisch nach ihr auszurichten.

Aber hier werden schon Bedenken laut: Ist die Strafe, die Sühne und Entsühnung anstrebt, nicht allzu idealistisch gesehen? Verliert eine derartige Anschauung nicht den Boden unter den Füßen? In der Tat hat man die Existenz von "Schuld" und "Sühne" geleugnet¹³⁾ und tut es heute noch¹⁴⁾. Aber dieser Standpunkt dürfte den neueren Erkenntnissen der Wissenschaft nicht mehr standhalten. Schuldgefühle lassen sich heute nicht mehr wegpsychologisieren, wie es Fritz Bauer¹⁵⁾ versucht. Die Existenz des Sühnebedürfnisses beim Täter wird deshalb allgemein bejaht¹⁶⁾. Dem steht nicht entgegen, daß sich die meisten Angeklagten mit allen zu Gebote stehenden Mitteln gegen die Verurteilung wehren, da dies nur eine Folge des Selbsterhaltungstriebes ist. Auch ist die Atmosphäre des heutigen Strafprozesses nicht geeignet, Gedanken der Sühne zu erwecken.

Aber wenn schon das Sühnebedürfnis des Täters nicht geleugnet werden kann, so ist das noch kein Beweis dafür, daß es der Staat ist, der dazu berechtigt und berufen ist, mit der Strafe diesem Verlangen nachzukommen. Sollte sich das, was Sühne bedeutet, überhaupt im Gesetz einfangen lassen, ohne seinen transzendentalen Charakter zu verlieren? Eberhard Schmidt hat sich in seinem Gutachten für das Bundesjustizministerium ausdrücklich dagegen gewandt, das Wort "Sühne" im Entwurf zu gebrauchen, ja den Sühnegeranken überhaupt zu berücksichtigen: "Sühne"

13) vgl. v.Liszt, Aufsätze II, S.299

14) vgl. Fritz Bauer, Große Strafrechtsreform, S.16 ff.

15) a.a.O.

16) vgl. Dreher, Gerechte Strafe, S.25; Frey, SchwZSt 68, 434; Eb.Schmidt, ZStW 67, S.189; Lange, Materialien I, S.74; Würtenberger, a.a.O., S.95; Krille, Niederschriften I S.106 l.Sp., III S.74; Bockelmann, a.a.O. I, S.108; Baldus, a.a.O.I, S.195; Herrmann, a.a.O. III, S.68 f.

und "Sühnebedürfnis" seien Begriffe, die bei der Durchführung der Strafrechtsreform vollkommen aus dem Spiel bleiben müßten. Staatliches Strafen habe mit ihnen nichts zu tun, sie seien staatlichen Maßnahmen völlig entzogen¹⁷⁾. Diese Ausführungen machen den Eindruck, als ob Eberhard Schmidt echte Sühne mit staatlicher Strafe für völlig unvereinbar halte. Dies ist jedoch in Wahrheit nicht der Fall, wie folgende Gedanken aus demselben Gutachten zeigen: Die Sühneidee dürfe "nichts anderes als der ganz im Ideellen liegende Richtpunkt" sein. Das Echte der Sühne lasse sich in Gesetzen und Vollzugsordnungen nicht in Worte fassen. Es solle darüber gar nicht gesprochen werden. Von ihr gelte das Faustische "Wenn ihr's nicht fühlt, ihr werdet's nicht erjagen"¹⁸⁾. Hier kommt zum Ausdruck, daß Eberhard Schmidt die Idee der Sühne für staatliches Strafen nicht schlechthin/unanwendbar weil wesensverschieden hält, sondern nur befürchtet, daß "etwas so Diffiziles, Zartes, Geheimnisvolles" zerstört werde, wenn die Sühneidee nicht als "selbstverständliche Leitlinie" aufgefaßt, sondern "dekretiert" werde.

Es soll hier nicht bestritten werden, daß diese Befürchtungen begründet sind. Aber ist es wirklich richtig, daß die Sühneidee nur als der "ganz im Ideellen liegende Richtpunkt" betrachtet werden darf, über den zudem nicht gesprochen werden dürfe? Ist das nicht eine Kapitulation vor den bestehenden Verhältnissen in der Strafrechtspflege? Wie kann man eine Umwandlung des Strafrechts in einem bestimmten Sinn anstreben, wenn man über Ziel und Weg nicht sprechen darf? Freilich hätte eine derartige Kapitulation keine besondere Bedeutung, wenn man mit Eberhard Schmidt der Meinung wäre, "daß eine Sühne als höchste befreiende Leistung sittlicher Autonomie einem Straferlebnis letzte Weihe zu geben vermag, ist ebenso

17) Eb.Schmidt, Materialien I, S.11 ff., ZStW 67, S.187 ff.

18) Materialien I, S.12

sicher wie die Tatsache, daß in der Welt des Wirklichen auf eine solche Sühneleistung niemals zu rechnen ist, weil unter den Verbrechern eine Gretchenfigur nun einmal zu den ganz seltenen Ausnahmen gehört¹⁹⁾. Dann wäre es in der Tat sinnlos, die Strafrechtspflege nach einigen Einzelfällen auszurichten. Aber dieser Pessimismus ist wohl nicht begründet²⁰⁾.

Aber verkennt die hier vertretene Ansicht nicht das Wesen der Sühne, wenn sie glaubt, der Täter könne durch autonomes Aufsichnehmen der Strafe Sühne leisten, könne seine sittliche Freiheit wiedererlangen? Ist es nicht vielmehr der raffiniertesten Planung des Menschen versagt, sich von der Schuld zu befreien?²¹⁾ Dieser Einwand Heinrich Barths ist grundsätzlicher Natur, da er dem Staat die Fähigkeit zur Entsühnung überhaupt abspricht²²⁾; ihm fehle die "Vollmacht" für solches Tun²³⁾. Aber der Staat handelt nicht in Vollmacht, wenn er die sühnende Leistung des Verurteilten entgegennimmt, sondern kraft eigener Machtvollkommenheit. Man muß allerdings, wenn man von Sühne und Entsühnung im Strafrecht spricht, von vornherein berücksichtigen, daß es sich um die Befreiung von der Schuld handelt, die der Übeltäter vor dem menschlichen Gesetz auf sich geladen hat. Für d i e s e Schuld soll er sühnen. Der Täter wird sich nicht darüber hinwegtäuschen, daß die Versöhnung mit der Gemeinschaft nicht seine endgültige Entsühnung ist; aber er wird die staatliche Sühne-

19) Verhandlungen des 41.Dt.Juristentages, Bd. II, B 4

20) vgl. Dreher, Gerechte Strafe, S.25; eindrucksvoll Herrmann, Niederschriften III, S.69 l.Sp.; kritisch auch Jescheck, Menschenbild, S.24 unter Berufung auf Baan; vgl. auch die positiveren Stellungnahmen Eberhard Schmidts in SchwZSt 45, S.221 und Justitia fundamentum regnorum, S.61, wo von der Möglichkeit der Sühne durch staatliche Strafe ausgegangen wird; ebenso in ZStW 69, S.370(Anm.21), S.384

21) so Heinrich Barth, S.13 f.

22) a.a.O., S.74

23) a.a.O., S.68; vgl. auch Coing, S.213

leistung in der Hoffnung erbringen, daß sie auch an einer höheren Stelle gnädige Aufnahme finden werde.

Wenn auch die Strafe, die die Sühne des Täters und seine Versöhnung mit der Gemeinschaft erreichen will, als erstrebenswertes Ziel gelten kann, so wäre es doch utopisch zu glauben, daß - auch in einer Strafrechtspflege, die mit allen ihren guten Kräften dieses Ziel verfolgt - jeder Übeltäter die Strafe autonom auf sich nehmen wird.²⁴⁾ Derartige Fälle, die es immer geben wird, entwerten aber die Sühneidee ebensowenig wie den Erziehungsgedankender Jüngling, der sich als unzugänglich erweist²⁵⁾.

Wenn sich deshalb die Auffassung von der Strafe, die dem Verurteilten eine Sühneleistung ermöglichen soll, nicht als Utopie bezeichnen läßt, so ist es doch fraglich, ob die Gesellschaft jemals eine derartige Leistung entgegennehmen wird, so daß die Strafe entschuldigend, versöhnend wirkt. Ist es nicht eine "völlig irrealer Vorstellung", daß die Strafe in ihrer sozialen Wirkung entschuldigen könne?²⁶⁾ Das trifft für die Gegenwart sicher zu. Aber es ist allgemein anerkannt, daß dieser Zustand äußerst bedenklich ist und bekämpft werden muß. Die Bemerkung Bockelmanns, daß nach Berichten bereits heute in Amerika der aus dem Gefängnis Entlassene keine gesellschaftlichen Vorurteile zu überwinden habe²⁷⁾, macht hoffnungsfroh. Denn wir wissen, daß diese Haltung nicht auf ethischem Indifferentismus beruhen muß. Wie ist dieses Fernziel zu erreichen? Man wird sich erinnern, daß Sühne und Entschuldigung in Wechselwirkung stehen. Der Staat muß deshalb die Strafrechtspflege danach ausrichten, daß sie Sühne ermöglicht, ja anstrebt und er muß auf die Gesellschaft einwirken, er

24) vgl. auch Nohl, S.169; Eb.Schmidt, Justitia fundamentum regnorum, S.61

25) ebenso Preiser, S.80

26) vgl. Maurach, S.60 f.

27) Niederschriften I, S.92

muß die sittenbildende Kraft des Strafgesetzes mobilisieren, um den - staatlich geförderten - Vorurteilen ein Ende zu bereiten. Diese Aufgabe ist wohl nicht ganz so aussichtslos, wie sie zunächst ausschauen mag, da die Abneigung gegen den Übeltäter auch auf dem feinen Gefühl des Volkes beruht, daß die Strafe eben keinen Ausgleich von Schuld und Tat bringt. Das wird heute stärker denn je empfunden.

Hinsichtlich des Vollzugs muß allerdings bezweifelt werden, daß die Sühneidee nur "der ganz im Ideellen liegende Richtpunkt" sein darf, ob es nicht in Anbetracht des "Polytheismus der Werte" geradezu notwendig ist, daß der Gesetzgeber das Ziel der Strafe ganz klar ausspricht. Freilich besteht dann die Gefahr, daß man den geheimnisvollen Vorgang "organisieren" will; aber das läßt sich wohl vermeiden. Diese Gefahr scheint auch nicht so groß zu sein wie die, daß die Strafe allmählich in General- und Spezialprävention aufgeht.

Ein Strafvollzug, dessen Ziel die Sühneleistung des Verurteilten ist, unterscheidet sich von dem bis heute üblichen Einsperren des Gefangenen, der sich selbst überlassen wird, ebenso sehr wie von einem "Erziehungsvollzug", der den Täter nicht als schuldigen Menschen sieht. Denn mit Heinrich Barth zu sprechen, "wird der Mensch mit den Problemen seiner Existenz nicht dadurch fertig, daß er über das Geschehene hinausblickt. Zu einer gegründeten Existenz gelangt er nur in einer sachlichen und tiefgreifenden Auseinandersetzung mit seiner Vergangenheit. Ein überhandnehmendes Vergessen bedeutet die Auflösung seiner Existenz"²⁸⁾. Dem entspricht es, wenn man fordert, der Strafvollzug dürfe den Gefangenen nicht die Flucht in Anonymität und Verantwortungslosigkeit ermöglichen²⁹⁾, ihn nicht an Schuld und Unrecht vorbeiführen; es gelte vielmehr, den Verurteilten durch die Tat hindurchzuführen,³⁰⁾

28) Heinrich Barth, S.7

29) Eb.Schmidt, ZStW 67, S.182 f.

30) Lange, Materialien I, S.74

ihn mit Schuld, Sühne und Strafe zu konfrontieren³¹⁾.

In einem so verstandenen Strafvollzug ist es letzten Endes der Verurteilte selbst, der der Strafe Sinn und Gehalt geben oder nehmen kann³²⁾: Wenn auch der Strafvollzug den Gefangenen zum Erlebnis der Schuld hinführen soll³³⁾, so ist es doch immer er selbst, der die wesentliche Leistung erbringt, das freiwillige Aufsichnehmen der Strafe.

Vom Verurteilten hier die Verbüßung einer festbestimmten Freiheitsstrafe zu verlangen, kann durchaus problematisch sein. Nach einer Mitteilung von Leopold³⁴⁾ liegt eine gewisse Tragik des Strafvollzugs darin, daß es oft nicht möglich sei, Schuld- und Vollzugsnotwendigkeit auf einen Nenner zu bringen. So werde von Gefangenen, die eine längere Freiheitsstrafe zu verbüßen haben, die Sühnebereitschaft meist nur gewisse Zeit durchgehalten. Nach kurzer Zeit stellten sich Psychosen ein und die Tat verschwinde immer mehr aus der Vorstellung des Täters.

Ein derartiger Strafvollzug ermöglicht eine Sühne nicht, weil die Strafe den Täter überfordert. Ist es nun wirklich unmöglich, den Gefangenen in dem Augenblick zu entlassen, in dem Reue und Sühnebereitschaft vorhanden sind?³⁵⁾ Es ist gewiß richtig, daß Reue und Sühnebereitschaft allein nicht genügen können, daß regelmäßig noch ein äußeres Verhalten des Täters hinzutreten muß, um die Tat zu sühnen. Aber ist es nicht grausam, eine Strafe weiterzuvollstrecken, obwohl sie in dieser Form dem Sühnebedürfnis des Täters zuwiderläuft? Man wird sich vom Freiheitsstrafendogma freimachen müssen, wenn man in möglichst vielen Fällen Sühne erreichen will. Im geschilderten Fall wird man den Gefangenen entlassen müssen, ihn aber Auflagen erfüllen lassen, damit er seine Sühneleistung erbringen kann. Die Auflagen werden -

31) Sieverts, Materialien I, S. 115, Niederschriften III, S. 75 f.; Herrmann, Niederschriften III, S. 64

32) vgl. auch Dreher, ZStW 65, S. 484

33) ebenso Herrmann, a.a.O.

34) Niederschriften III, S. 138

35) so aber Leopold, a.a.O.

je nach der Schuld des Täters - so schwer sein, daß jeder Zweifel an ihrer Gleichwertigkeit mit dem Freiheitsentzug verstummt; verfassungsrechtliche Bedenken gegen die nachfolgende Anordnung der Auflagen können überwunden werden. Hier trägt der Gedanke des "bonum actionis" seine Früchte, wie ja jeder Mensch, der begreift, daß er unrecht gehandelt hat, das elementare Streben verspürt, sein Tun durch eine gute Tat wenigstens einigermaßen auszugleichen, um vor sich selbst bestehen zu können. Es ist deshalb wohl nicht abwegig, in der Freiheitsstrafe, die über den Zeitpunkt hinaus vollstreckt wird, wo Einsicht, Reue und Wille zur Umkehr vorhanden sind, die Ursache für den Verfall der positiven Kräfte der Persönlichkeit zu sehen.

Auch die Idee der relativ unbestimmten Schuldstrafe - hier ist nicht die einspurige unbestimmte Sicherungsstrafe gemeint - beruht auf dem Gedanken, daß die Freiheitsstrafe nicht ein passives Absitzen sein dürfe, sondern den Gefangenen zur Einkehr und Überwindung der Tat, zur Aktivität führen solle³⁶⁾. Eine derartige unbestimmte Strafe widerspricht nicht dem Schuldgrundsatz³⁷⁾, sondern wird ihm in einem höheren Sinne gerecht. Allerdings kann hierbei die Versuchung nicht ausgeschlossen werden, daß man die Strafhöhe nicht nach der Schuld ausrichtet, sondern nach Gesichtspunkten der Erziehung und Besserung³⁸⁾. Dieser Versuchung scheint Welzel bereits erlegen zu sein, wenn er erwägt, die unbestimmte Strafe auf Täter zu beschränken, die das 30. Lebensjahr noch nicht überschritten haben, weil nur bis zu dieser Grenze mit einem **E r - z i e h u n g s e r f o l g** gerechnet werden könne³⁹⁾. Will

36) ebenso Welzel Niederschriften I, S. 267 f., Lehrbuch S. 208; während Mezger, Niederschriften I, S. 258 l. Sp., Studienbuch S. 268 wohl der einspurigen Sicherungsstrafe nahesteht, wie sie seit jeher von der modernen Schule vertreten wird; vgl. v. Liszt, Aufsätze I, S. 338 ff.; dazu Beling, S. 95

37) so aber Begründung des Entwurfs, S. 4 r. Sp.; Berichte, ZStW 66, S. 571

38) vgl. Gallas, Niederschriften I, S. 270

39) Niederschriften I, S. 268

man mit der Strafe echte Sühne erreichen, kann diese Altersgrenze keine Rolle spielen.

Wenn man sich entschließen könnte, die Sühneidee für das Strafrecht fruchtbar zu machen, so hätte dies erhebliche praktische Auswirkungen. Preiser⁴⁰⁾ hat mit Recht darauf hingewiesen, daß man von sühnender Wirkung der Strafe nicht sprechen könne, wenn nur Ordnungswidrigkeiten verfolgt werden. In der Tat wird man bei dem, der eine bloße Ordnungsvorschrift übertritt, ein Sühnebedürfnis niemals finden, so daß sich das Sühnebedürfnis als ein sehr feiner Wertmesser erweist, wenn es gilt, Verwaltungsunrecht vom kriminellen Unrecht abzugrenzen.

Bedeutsamer als für diese Abgrenzungsfrage ist die Rolle, die das Sühnebedürfnis bei der Feststellung des Schuldmaßes spielen kann. Es ist bekannt, wie schwierig die Feststellung des Schuldmaßes, besonders der sogenannten Lebensführungsschuld, ist, und wie problematisch hier Untersuchungen sind, die in die Einzelheiten gehen. Diese Probleme ergeben sich notwendig aus der Tatsache, daß der Täter als bloßes Untersuchungsobjekt angesehen wird. Anders dagegen ist es, wenn der reuige und sühnebedürftige Täter aus der Passivität des heutigen Angeklagten herausgenommen wird und bei der Strafzumessung mitwirken kann. Es eröffnet sich damit die Möglichkeit, einen lebensnäheren Schuldbegriff zu verwenden, weil dann die Abstraktion der Tatschuld weitgehend aufgegeben werden könnte⁴¹⁾. Der Einwand, daß dann das Problem, wie die Schuld festgestellt und gemessen werden kann, sich in das ebenso unlösbare Problem wandle, wie die Echtheit der Reue geprüft werden könne, kann zurückgewiesen werden. Es dürfte nämlich für den erfahrenen Richter wesentlich leichter sein, sich davon zu überzeugen, ob die Reue echt ist, als den inneren Werdegang eines Verbrechers unter dem Gesichts-

40) S.82

41) vgl. dazu Welzel, Lehrbuch, § 21

punkt der Vorwerfbarkeit, der Lebensführungsschuld zu prüfen. Freilich wird hier auch deutlich, daß das geltende Strafprozeßrecht umgestaltet werden müßte, ja daß der öffentliche Strafprozeß, in dem sich das weitere Schicksal des Täters entscheidet, vielleicht niemals der bestgeeignete Weg ist, den Verbrecher zur Einsicht in Schuld und Unrecht zu führen. Auch an dieser Stelle kann man eine Tendenz zum unbestimmten Strafurteil, zur vorzeitigen Entlassung mit und ohne Auflagen erkennen. Daß das Ziel, den Angeklagten in begrenztem Umfang bei der Strafzumessung zu beteiligen, keine Utopie ist, zeigt die Vorschrift des § 77 III Entwurf.

Von der Idee der Sühnestrafe her müssen auch Bedenken gegen das Nebeneinander von Strafe und sichernden Maßnahmen erhoben werden. Hat nicht der Täter, der das begangene Unrecht gesühnt hat, seine Tat "negiert"? Ist damit die über die Schuld hinausgehende Gefährlichkeit nicht genau so zu behandeln wie die desjenigen, der noch keine Straftat begangen hat, nämlich strafrechtlich nicht zu beachten? Man wird gegen diesen Gedankengang vielleicht einwenden, daß er eine Konstruktion sei, die außerdem noch den Gleichnischarakter der Hegel'schen Formel übersieht. Aber das alles klingt nicht so begriffsjuristisch, wenn man berücksichtigt, daß der Täter, der seine Schuld gesühnt hat, eben wirklich ein anderer ist. Das ist gewiß ein Umstand, der den Täter bei der Entlassung in einem anderen Licht erscheinen läßt, als wenn er die Strafe lediglich "abgebrummt" hätte. Auf diese übrig gebliebene Gefährlichkeit mit sichernden Maßnahmen zu reagieren, scheint auch insofern bedenklich, als sie sich vom Täter aus nicht rechtfertigen lassen. Neben der Sühnestrafe bleibt dann nur Raum für Heil- und Pflegemaßnahmen. Das Problem kann aber im Rahmen dieser Arbeit nicht vertieft werden.

Das gilt auch von der Frage, ob die Strafe noch als Übelzufigung begriffen werden kann, ob sie nicht vielmehr als sittliche Mißbilligung der Tat und als Anruf der Persönlichkeit die sittlichen Kräfte des Täters wecken soll, selbst den Ansatz zur Sühne seiner Schuld zu finden (Gedanke der P f l i c h t e n s t e i g e - r u n g)⁴²⁾. Man wird allerdings nicht an dem Umstand vorbeigehen können, daß die Strafe, die der Täter sühnend auf sich nimmt, ein Übel ist und auch sein muß, um ihre Funktion erfüllen zu können. Der Unterschied zur Vergeltungsstrafe Bindings und Birkmeyers ist trotzdem wesentlich. Er besteht darin, daß der Täter das Übel freiwillig auf sich nimmt.

Aber das alles ist in diesem Zusammenhang nicht so bedeutsam. Entscheidend ist vielmehr, daß die Sühnestrafe den Gegensatz Vergeltungsstrafe - Zweckstrafe zu überwinden scheint: Sie wird in höchstem Maße dem S c h u l d - g e d a n k e n gerecht, da sie - im Gegensatz zur Vergeltungsstrafe des Schulenstreits - zu einem echten Ausgleich der Schuld führt.

Eine derartige gerechte Strafrechtspflege genügt auch den Anforderungen der G e n e r a l p r ä v e n t i o n; hier gilt Kohlrauschs berühmtes Wort: "Um Generalprävention braucht man sich nicht zu sorgen"⁴³⁾. Gefahren für die Generalprävention könnte man nur daraus herleiten, daß eine Strafrechtspflege, die den Täter in die Mitte ihrer Bemühungen stellt, die der Strafe vornehmste Aufgabe darin sieht, ihm die sittliche Freiheit wiederzugeben, zu weich sei, den Übelcharakter verliere und auf die Allgemeinheit nicht mehr abschreckend wirken könne. Aber diese Befürchtungen sind völlig unberechtigt. Es kann keine Rede davon sein, daß eine derartige Strafe in

42) vgl. bes. Stock, S. 15 f.; del Vecchio, S. 183; Lange, Materialien I, S. 75, SchwZSt 70, S. 382 f.; Sax, JZ 57, S. 5; Kohlrausch-Lange, Vorbem. II 8 zu §§ 23-26 StGB

43) zit. nach Eb. Schmidt, Materialien I, S. 18

"Humanitätsduselei" ausarte. Sieverts⁴⁴⁾ weist demgegenüber mit Recht darauf hin, daß ein moderner Strafvollzug einen sehr viel stärkeren Übelcharakter habe, weil die Strafe nicht mehr in einem passiven Absitzen, sondern in der Konfrontation mit Tat und Schuld bestehe.

Besonders ins Auge springend ist aber die Tatsache, daß die Sühnestrafe in weitem Umfang den kriminalpolitischen Tendenzen gerecht wird, die von den Vertretern der **S p e z i a l p r ä v e n t i o n** so sehr betont werden: Mit Erstaunen muß man feststellen, daß die Forderungen der Sühnestrafe, die unbestimmte Verurteilung, die Strafaussetzung zur Bewährung und die bedingte Entlassung auszubauen, den Strafprozeß, den Strafvollzug und das Strafregisterrecht zu reformieren und die Zuchthaus- und Ehrenstrafen abzuschaffen, sich weitgehend mit den Zielen der Spezialprävention decken, wenn auch nicht unerhebliche Unterschiede - man denke nur an das Problem der unbestimmten Sicherungsstrafe - bestehen. Ist das nicht ein Beweis dafür, daß es sich bei der Sühnestrafe in Wirklichkeit um eine spezialpräventiv orientierte Strafe handelt, die nur "unter dem Deckmantel der Persönlichkeitsschuld" propagiert wird⁴⁵⁾? Kommt nicht auch in der Individualisierung der Strafe, die der Sühneganke mit seinen Forderungen begünstigt, zum Ausdruck, daß ein spezialpräventives Strafrecht angestrebt wird? Der enge Zusammenhang zwischen Individualisierung und Spezialprävention besteht⁴⁶⁾. Aber das ist noch kein Beweis dafür, daß die Sühnestrafe doch nur Spezialprävention ist. Vielmehr hat Englisch ausdrücklich darauf hingewiesen, daß der "Gedanke der individualisierenden Konkretisierung weit über die Grenzen der modernen Schule hinaus lebendig" ist⁴⁷⁾. Freilich sind damit noch nicht sämtliche Bedenken ausgeräumt, die davon herrühren, daß Sühnestrafe

44) Materialien I, S.115; Niederschriften III, S.83 l.Sp.

45) vgl. Gallas, Niederschriften I, S.219 r.Sp.

46) vgl. Würtenberger, Materialien I, 90, Geistige Situation, S.90

47) Idee der Konkretisierung, S.205 f.

und Spezialprävention ein auffallend großes Stück gemeinsamen Weges gehen. Aber die sich daraus ergebenden Befürchtungen sind unbegründet. Sühnestrafe und Spezialprävention stehen eben nicht unversöhnlich gegenüber, wie man es von der Vereinigungstheorie her gewöhnt ist. Denn ist es nicht so, daß eine Spezialprävention, die mehr als nur eine Art von Symptombehandlung betreiben will, die nicht durch Einschüchterung erziehen will⁴⁸⁾, folgerichtig zur Berücksichtigung der Schuld, ja zum Ausgleich der Schuld führen muß? In der Tat wird man die Tatsache, daß maßgebende Vertreter eines an der Spezialprävention orientierten Strafrechts dem Schuldgedanken eine führende Rolle zuweisen, in dieser Richtung werten können⁴⁹⁾. So hat schon Nohl betont, daß die Strafe, von welcher Perspektive aus man sie auch sehen mag, jedesmal ein Totales sei, in dem alle ihre Funktionen enthalten seien, nur daß jeweilig eine Seite besonders hervortrete. "Die Sühne enthält die Anerkennung der Rechtsordnung, z u - g l e i c h aber erfüllt sich in ihr die innere Freiheit des Bestraften, und so ist sie im tiefsten rechtlich zugleich und pädagogisch objektiv und subjektiv sinnvoll"⁵⁰⁾. Auch die Bedenken, die man neuerdings dem modernen deutschen Jugendstrafrecht entgegenbringt - Lange⁵¹⁾ bezeichnet es als "Nachhut eines überwundenen psychologischen Positivismus", Middendorf⁵²⁾ will entgegen den herrschenden Tendenzen zur Entmythologisierung des Jugendstrafrechts und zur Verwandlung von "Schuld und Strafe" in "Krankheit und Heilung" am Begriff der Schuld festhalten - entspringen wohl der Erkenntnis, daß letzte Zweckmäßigkeit, die man zu erzielen glaubte, nicht erreicht werden kann, wenn man eine Seite des Menschen überhaupt nicht sieht und den Menschen in seiner

48) so aber die Stellungnahme des Dt. Richterbundes, DRiZ 54, S.90!

49) vgl. Eb. Schmidt, ZStW 69, S.380; Würtenberger, Materialien I, S.95; Sieverts, Materialien I, S.117

50) Nohl, S.169 f.

51) SchwZSt 70, S.379

52) zit.nach Jescheck, Menschenbild, S.18

Schuld allein läßt⁵³⁾.

Hier bricht wohl die Erkenntnis durch, daß die Strafe nur dann gerecht sein kann, wenn sie der Wirklichkeit des Menschen entspricht. Und diese gerechte Strafe muß auch zweckmäßig sein, wenn man diesen Begriff nicht mit einem Ziel verbindet, das ein rechtsstaatliches Strafrecht gar nicht anstreben darf.

Auch Franz v. Liszt ging von der Anschauung aus, daß sich die Strafe an der Wirklichkeit orientieren müsse, um zweckmäßig und gerecht zu sein, als er an die Strafrechtspflege appellierte, ihrer großen Aufgabe "dem Leben gegenüber" zu genügen. Wir sehen heute, daß das naturalistische Menschenbild des 19. Jahrhunderts eben nicht die volle Wirklichkeit darstellte: die Zweckstrafe v. Liszts entspricht auch nicht mehr unserem Gerechtigkeitsideal, ja sie erscheint - folgerichtig - nicht einmal mehr als zweckmäßig.

Dem - wenn auch nicht unangefochtenen-Menschenbild der Nachkriegszeit, die sich zu der in aller Begrenztheit doch autonomen Persönlichkeit bekennt, entspricht nur ein Schuldstrafrecht, das es dem Menschen ermöglicht, seine sittliche Freiheit wiederzuerringen. Es ist die Sühnestrafe, die uns hier entgagentritt. Wie ihre Berührungspunkte mit der modernen Kriminalpolitik gezeigt haben, i s t sie zweckmäßig, weil gerecht.

53) vgl. dazu Baan, zit. bei Jescheck, a.a.O., S. 24

3) Ausblick

Wenn nicht alle Anzeichen trügen, wird die neue Schule, die "d é f e n s e s o c i a l e", die an die Ideen der positivistischen Schule von Lombroso und Ferri anknüpft und in Italien, Frankreich, Belgien und Südamerika zahlreiche Anhänger hat, auch in Deutschland an Boden gewinnen. Eine Auseinandersetzung mit dem geltenden Strafrecht ist dann unvermeidbar. Wird das neue Strafbuch - es sei unterstellt, daß der Entwurf im wesentlichen unverändert Gesetz wird - dieser Belastungsprobe standhalten?

Über die wahren Ziele der "défense sociale" besteht noch keine Übereinkunft; es stehen sich zwei Flügel gegenüber, deren Anschauungen weit auseinandergehen: die radikalere Richtung, vertreten von Grammatica und de Vincentiis, führt letzten Endes zur Abschaffung des Strafrechts, zur Ersetzung des Richters durch den Arzt und ermöglicht ein unkontrolliertes Einschreiten gegen den als antisozial Verdächtigen, während der von Ancel und Graven geführte Flügel mehr konservativ ist.

Es kann abgewartet werden, welche Strömung sich durchsetzen wird, da bereits ein Mindestprogramm der "défense sociale" vorliegt, das es erlaubt, ihre Stoßrichtung zu erkennen¹⁾. Nach diesem Programm ist das Strafrecht so weit wie möglich auf wissenschaftlich erarbeitete Gegebenheiten zu stützen; auf "metaphysische Lehrbegriffe" wie "Willensfreiheit", "Schuld" und "Verantwortlichkeit" ist zu verzichten²⁾.

Wenn auch betont wird, daß viel daran liege, keine Lehre anzunehmen, die auf ethische Werte verzichte³⁾, so

1) abgedruckt in MSchrKrim 39, Sonderheft S.58 ff, und ZStW 66, S.646 ff.

2) vgl. ZStW 66, 647 f.

3) ZStW 66, S.648

bedeutet doch "der Verzicht auf das ethische Urteil über das menschliche Handeln den Verzicht auf den Menschen als sittlich verantwortliches Wesen überhaupt"⁴⁾. In der Tat kann sich der moderne Massenstaat - ganz abgesehen von Einwänden mehr technischer Natur, die sich vor allem gegen den radikalen Flügel der neuen Schule richten⁵⁾ - das vorgeschlagene System nicht leisten, weil der Verzicht auf die "sittenbildende Kraft"⁶⁾ der Strafe die religiös entwurzelte Masse dem ethischen Nihilismus auslieferte⁷⁾. Der Staat könnte sich nur dann auf ethisch wertfreie Maßnahmen der Besserung und Sicherung beschränken, wenn das Volk in einem außerstaatlichen sittlichen Verband stünde, der dem einzelnen Strafe und Sühne gewährte. Diese Aufgabe erfüllte einst die Kirche.

Die "défense sociale" trifft deshalb - wie jede reine Präventionsstrafe - der Vorwurf Heinrich Barths, daß "sie dem schmerzvollen Ärgernis des begangenen Verbrechens auszuweichen sucht, indem sie es durch Erwägungen der Planung künftiger Möglichkeiten zu verdecken geneigt ist, denn der Mensch wird mit den Problemen seiner Existenz nicht dadurch fertig, daß er über das Geschehene hinausblickt"⁸⁾. Der Verzicht auf metaphysische Begriffe ist mehr als nur ein Verzicht auf Lehrbegriffe; er bedeutet vielmehr einen Verzicht auf die volle Wirklichkeit des Menschen.

Die Strafrechtskommission hat sich, als sie sich zur metaphysischen Begründung der Strafe bekannte und das Schuldprinzip in § 2 Entwurf verankerte, bereits gegen ein System ausgesprochen, wie es die "défense sociale" befürwortet. Aber genügt das, um dem Zweckdenken, der "sozialen Verteidigung", auf die Dauer standzuhalten,

-
- 4) Bundesjustizminister Neumayer, Bundesanzeiger 1954, Nr.139, S.9
5) vgl.insbes.Frey,SchwZSt 68,S.405 ff.; auch Eb.Schmidt, ZStW 69, S.360 f.,387
6) Hellmuth Meyer, S.23
7) vgl.auch Welzel,Lehrbuch S.5; Bockelmann,JZ 51,S.495
8) a.a.O. S.7 f .

von der Würtenberger sagt, daß sie "auf dem Wege einer o r g a n i s c h e n (gesperrt vom Verf.) Weiterentwicklung eine Reform des Strafrechts anstrebt, über deren dringliche Notwendigkeit heute wohl niemand zweifeln dürfte"?⁹⁾ Wohl ebensowenig wie die Vereinigungstheorie dem Vordringen der Spezialprävention Einhalt gebieten kann. Denn auch sie wird, wie das Programm der "défense sociale", der Wirklichkeit des Menschen nicht voll gerecht. Solange aber das der Fall ist - und wer könnte je behaupten, er sei im Besitze der letzten, unumstößlichen Wahrheit? - wird der Kampf um die Strafe, um die Gerechtigkeit andauern.

Angesichts dieser Situation muß man sich die Frage stellen, ob der Zeitpunkt für eine umfassende Strafrechtsreform glücklich gewählt ist. Lange hat die Nachkriegszeit dahingehend gekennzeichnet, daß "das Zusammentreffen beider Wege zur Wesensbestimmung des Menschen", von Norm- und Erfahrungswissenschaften, "die bisher immer in entgegengesetzte Richtungen zu führen schienen, zu den erregendsten geistigen Phänomenen der Gegenwart gehört"¹⁰⁾. In der Tat sind wir im Begriff, die alten Werte wieder zu finden und doch nicht mehr zu finden: sie beginnen, sich mit neuen, tieferen Inhalten zu füllen. Können wir deshalb die alten Begriffe wie Strafe, Vergeltung, Schuld heute noch im gleichen Sinne gebrauchen wie vor 50, vor 100 Jahren?

Es ist die Tragik der deutschen Strafrechtsreform, daß sie, nach 80 Jahren zäher Ringens endlich zum Erfolg führend, verfrüht, ja überstürzt zu sein scheint.

9) Würtenberger, MSchrKrim 39. Sonderheft S.64; anders in "Geistige Situation", S.87: die Strafe finde ihre letzte Rechtfertigung im Ausdruck sittlicher Mißbilligung gegenüber dem Täter und im vergeltenden rechtlichen Ausgleich schuldhafter Tat.

10) SchwZSt 70, S.389 f.

Anmerkung:

Der Entwurf eines Strafgesetzbuchs nach den Beschlüssen der Großen Strafrechtskommission in z w e i t e r L e -
sung (E 1959 II) war bei Abschluß dieser Arbeit noch
nicht veröffentlicht; er konnte deshalb nicht mehr be-
rücksichtigt werden.

Lebenslauf

Am 14. Juli 1935 wurde ich als zweites Kind des Dipl. Ing. Otto Reigl und seiner Ehefrau Leopoldine, geb. Schmidt, in Waltsch bei Karlsbad/Sudetenland geboren.

Im Geburtsort besuchte ich die Volksschule bis zur 4. Klasse. Am 24.6.1945 wurde ich mit meiner Mutter und Schwester - mein Vater war zur Wehrmacht eingezogen - durch tschechische Soldaten aus Waltsch vertrieben und am 27.6.1945 nach Sachsen abgeschoben. Da wir uns nirgends länger als 24 Stunden aufhalten durften, mußten wir 13 Wochen durch Sachsen und Thüringen von Ort zu Ort ziehen. Nach einem kurzfristigen Unterkommen in Schönbrunn, Kreis Ölsnitz, überschritten wir am 26.10.1945 die bayerische Grenze und ließen uns in Schönbrunn im Fichtelgebirge nieder. Dort besuchte ich die 5. Klasse der Volksschule.

Am 1.9.1946 trat ich in die Luitpold-Oberrealschule in München ein, da meine Eltern inzwischen nach Feldkirchen bei München übersiedelt waren; an dieser Schule legte ich 1954 das Abitur ab.

Seit dem Wintersemester 1954/55 studierte ich an der Universität München Rechtswissenschaften; in den Ferien arbeitete ich als Werkstudent. Die erste juristische Staatsprüfung 1958/II bestand ich am 20. Januar 1959 in München mit der Prüfungsgesamtnote "gut" (2,86).

Seit dem 16. Februar 1959 leiste ich den Vorbereitungsdienst für den höheren Justiz- und Verwaltungsdienst ab.

